Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

unmöglich iſt. Dieſe Unmöglichkeit tritt aber hier durch die Zahlung ſelbſt ein, weil nun kein Urtheil mehr erfolgen kann. Die Entſcheidung der l. 60 D. de cond. ind. bleibt alſo, obgleich aus einem andern Entſcheidungsgrunde, und dies mag zur Rechtfertigung der Compilatoren dienen, daß ſie das in ſeinen Motiven antiquirte Geſetz dennoch in die Pandekten aufnahmen.

V.

Zur Lehre von den ſ. g. Transmiſſionsfällen.

Erſter Beitrag.

Von der transmissio Justinianea.

Von

v. Vangerow.

Der Verfaſſer dieſes Aufſatzes hat die Abſicht, die Hauptpunkte aus der Lehre von der Transmiſſion der Erbſchaft einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen. Obwohl nämlich in unſern Tagen mehrere gründliche Unterſuchungen [1]) hierüber mitgetheilt ſind, ſo beweiſt doch ein Blick auf unſre neueſten Lehr- und Handbücher, daß an eine Uebereinſtim-

1) Thibaut: Beſtreitung der bisherigen Theorieen über das Antretungs-, Deliberations- und Transmiſſionsrecht des Erben (Verſuche Bd. II. Abh. 7) — Marezoll: Zu der Lehre von den ſ. g. Transmiſſionsfällen (Zeitſchrift für Civilr. und Prozeß Bd. II. Nr. 3) — Steppes: die Transmiſſion der Erbſchaft nach röm. Rechte. München 1831 — v. Buchholtz: In welchen Fällen wird eine Erbſchaft transmittirt? (Juriſtiſche Abhandlungen, Königsb. 1833. Abh. 2).

mung der Anſichten, weder im Ganzen, noch im Einzelnen, auch nicht entfernt zu denken iſt, und ſo rechtfertigt ſich eine nochmalige Beſprechung von ſelbſt, um ſo mehr, da die Ergebniſſe der hier mitzutheilenden Unterſuchungen in ſehr beträchtlichen Punkten von den Reſultaten jener andern Ausführungen abweichen. Es ſoll aber bei dieſer Abhandlung der Gang eingeſchlagen werden, daß zunächſt ſpecielle Erörterungen über die einzelnen ſ. g. Transmiſſionsfälle vorausgeſchickt werden, an die ſich dann nachher allgemeinere Betrachtungen über den Begriff von transmissio hereditatis, über das Verhältniß der verſchiedenen Transmiſſionen zu einander, über das Verhältniß der Transmiſare zu den Subſtituten u. dgl. m. anknüpfen ſollen. Den Anfang jener ſpeciellen Erörterungen mache ich in dem vorliegenden Aufſatze mit der ſ. g. transmissio Justinianea, denn obwohl ſie in einer hiſtoriſchen Darſtellung als die jüngſte zuletzt aufgeführt werden müßte, ſo verdient ſie doch in einer dogmatiſchen Entwicklung als die bei weitem umfaſſendſte und wichtigſte billig den erſten Platz.

Eingeführt wurde aber dieſe Transmiſſion von dem Kaiſer, deſſen Namen ſie an ſich trägt, in der l. 19 C. de jure deliberandi (6, 30), die folgender Maaßen lautet:

Imp. Justinianus A. Demostheni Pf. P. (529).

„Quum in antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Julii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adjectis, quae in hujusmodi personis praecipua sunt, eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extrancos, duximus esse protelandam. Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renunciaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, praediotum arbitrium in suam successionem transmittat, ita tamen, ut unius

annı spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et sic [2]) quidem is, qui sciens, hereditatem vel ab intestato vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel ex testamento vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum esse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renunciandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur. Sin autem instanti annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec heredibus ejus alius regressus in hereditatem servabitur."

Außerdem wird dieſe neue Transmiſſion auch noch erwähnt in l. un. §. 5 C. de caduc. toll. (6, 51):

„Hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur; exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super hujusmodi casibus introducta loquitur, *iis nihilominus, quae super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris*,"

und endlich in Nov. 158, von welchem letztern Geſetze ſpäter noch genauer geredet werden muß. — Dies iſt der geſetzliche Stoff, an welchen ſich unſere Erörterungen über die transmissio Justinianea anknüpfen müſſen.

I.

Zunächſt wirft ſich die Frage auf, an welchen früher

2) Die Gründe für dieſe Lesart ſind angedeutet in meinem Aufſatze über geſetzliche Delib. Friſt im Arch. XXII. S. 156 Not. 12, und gebilligt iſt dieſelbe von G. Fr. Puchta in der Rezenſion jenes Aufſ. in Richters Jahrb. 1840 S. 9; vgl. auch Mühlenbruch Fortſ. von Glück Bd. 41 S. 316 Anm. 97.

ſchon anerkannten Rechtsſatz Juſtinian ſeine neue Verordnung angeknüpft habe, welcher Fall alſo mit den im Anfang der l. 19 cit. vorkommenden Worten: filiosfamilias — — — transmittere angedeutet werden ſolle? Daß die von den früheren Kommentatoren ſehr allgemein angenommene Meinung, dieſe Worte bezögen ſich auf die ſ. g. transmissio ex jure suitatis, völlig verwerflich iſt, kann nicht bezweifelt werden, denn nicht nur, daß dann der Ausdruck filiosfamilias *deliberantes* ganz unerklärlich wäre, ſo wäre auch in der That ſchwer zu begreifen, wie an dieſe Transmiſſion (Uebertragung der erworbenen Erbſchaft) ſich die ſ. g. Juſtinianiſche (Uebertragung des Rechts, antreten oder ausſchlagen zu dürfen) habe anſchließen können, ſo daß die letztere nur als eine Erweiterung der erſtern anzuſehen ſei (eam deliberationem — — duximus esse protelandam). Dies wird auch von allen Neuern anerkannt, die aber im Uebrigen gar ſehr von einander abweichen. Es ſind nämlich in unſern Tagen vier verſchiedene Erklärungsverſuche jener Worte gemacht worden:

1) Thibaut [3]) denkt mit Berufung auf l. 8 D. de jure delib. [4]) bei jenen Worten an den Fall, wenn ein suus heres abſtinirt hat, und hierauf um ein tempus deliberandi bittet; ſterbe er während deſſelben, ſo übertrage er dieſes ſein Deliberationsrecht auf ſeine Erben.

2) Marezoll [5]) dagegen nimmt an, es ſolle mit den fraglichen Worten auf die Vererblichkeit des einem Hausſohne zuſtehenden jus abstinendi hingewieſen werden. Ehe nämlich ein filiusfamilias ſich ausdrücklich oder ſtillſchweigend für das Behalten oder Ausſchlagen der Erbſchaft ausgeſprochen habe, ſei er ganz paſſend als deliberans aufzufaſſen, und dieſes

3) a. a. O. S. 179 fgg. (1. Aufl.)

4) „Si quis suus heres, posteaquam se abstinuerit, tunc petet tempus ad deliberandum, videamus, an impetrare debeat? Magisque est, ut ex causa debeat impetrare, quum nondum bona venierint.“

5) a. a. O. S. 88 fgg.

Deliberations- oder Wahlrecht ſei nun auch auf die sui heredes des filiusfamilias übergegangen, l. 7 §. 1 de acqu. v. om. hered. (29, 2) [6]).

3) Beide eben dargeſtellten Meinungen werden von Steppes [7]) verworfen, welcher namentlich auch die von Marezoll behauptete Vererblichkeit des jus abstinendi ganz in Abrede ſtellt, und dagegen auszuführen ſucht, daß ſich Juſtinians Worte nur auf den Fall bezögen, wenn ein Suus ſich eine Deliberationsfriſt erbeten habe, um ſich zu beſtimmen, ob er abſtiniren wolle, oder nicht. Sterbe der Suus innerhalb dieſer Friſt, ſo gehe dennoch die demſelben zugefallene Erbſchaft auf die Erben deſſelben über, weil die Erbittung einer Deliberationsfriſt noch nicht als wirkliche Abſtention angeſehen werden könne. Von einem Uebergang eines Deliberations- oder Wahlrechts auf die Erben ſei alſo hier gar keine Rede, ſondern vielmehr von einem Uebergang der Erbſchaft ſelbſt.

4) Endlich erklärt ſich auch v. Buchholtz [8]) (dem die Ausführungen von Steppes unbekannt geblieben ſind) gegen

---

6) Neu iſt übrigens dieſe Anſicht nicht. So finde ich dieſelbe z. B. ſchon angedeutet in der Gloſſe zu l. 7 §. 1 de acq. v. om. hered. und eben ſo bei Cujac. tract. IV ad African. ad leg. 16 de lib. et post. (in opp. ed. Neap. tom. I. p. 1309). obwohl derſelbe freilich an andern Orten die Anfangsworte der l. 19 C. cit. auf die ſ. g. transmissio ex jure suitatis bezieht, z. B. Paratitla ad Cod. lib. VI. tit. 55 (opp. II. p. 432) und beſ. Comm. ad Cod. lib. VI. tit. 30 l. 18 et 19 (opp. IX. p. 772 sq.). Geradezu, und mit beſtimmter Hinweiſung auf l. 7 §. 1 de acq. v. om. hered. iſt aber jene Anſicht ausgeführt von A. Faber de errorib. Pragmat. dec. 34 err. 6 (der aber dabei nicht unterlaſſen kann, dem Geſetzgeber derbe Vorwürfe über die ungehörige Zuſammenſtellung ſo heterogener Verhältniſſe zu machen), von Lauterbach de transmissionibus hereditatis non acquisitae, §. X. (in ejusd. dissert. acadd. vol. II. p. 1911), und von Berger de transmissione hereditatis (in ejusd. dissertt. jur. select. disp. XVII) §. V p. 467 sq.

7) a. a. O. S. 46 fgg.

8) a. a. O. S. 66 fgg.

Thibaut und Marezoll, indem er in jenen Worten vielmehr eine Hinweiſung auf den Fall ſieht, wenn ein Suus unter der Bedingung *si volet* zum Erben eingeſetzt, und vor Abgabe einer definitiven Erklärung verſtorben ſei. In dieſem Falle ſolle nämlich ſeinen Deſcendenten noch immer das Recht zuſtehen, ſich über die Annahme oder Ausſchlagung jener Erbſchaft zu erklären.

Schon früher habe ich, ziemlich gleichzeitig mit Marezoll und unbekannt mit deſſen Ausführungen, dieſelbe Meinung vertheidigt, wie dieſer Schriftſteller, nur mit der Modification, daß ich nicht nur, wie Marezoll, eine Transmiſſion des jus abstinendi auf die suos heredes, ſondern vielmehr auf alle Succeſſoren des Suus annahm [9]). Um die Wahrheit dieſer Anſicht zu erweiſen, wird es nöthig ſein, darzuthun, erſtens, daß das jus abstinendi wirklich vererblich iſt [10]), und zweitens, daß Juſtinians Worte in l. 19 C. cit. ſich zwanglos auf dieſe Vererblichkeit des Abſtinenzrechts beziehen laſſen, woran ſich dann drittens eine Prüfung der andern vorher angedeuteten Anſichten anſchließen ſoll.

---

9) Comm. ad l. 22 §. 1 C. de jure delib. p. 29 sqq.

10) Es iſt in der That auffallend, daß namentlich in neuerer Zeit die gewiß nicht unwichtige Frage, ob das benef. abstinendi auf die Nachfolger des suus heres übergehe, ſo faſt gänzlich mit Stillſchweigen übergangen wird, und zwar nicht blos in unſern Lehr- und Handbüchern (ſ. jedoch Valett Lehrb. III. §. 1072 bei Not. 87, und jetzt auch Mühlenbruch III. §. 705 Not. 6), ſondern ſelbſt in eigenen Abhandlungen über das jus abstinendi, wie z. B. in der von G. L. Böhmer de suo herede ab hereditate se abstinente vel se immiscente (elect. jur civil. exerc. 4). Unter den ältern Juriſten erklären ſich nicht Wenige für die Vererblichkeit, obwohl ſie dieſelbe häufig auf die Kinder des Suus beſchränken, vgl. außer den in Not. 6 Angeführten noch z. B. Bachov. ad Treutler. vol. II disp. 12 thes. 3. p. 710, Huber prael. ad Dig. lib. 29, tit. 2 §. 5 fine, a Sande decis. lib. 4. tit. 9. def. 9, Struv. syntagma jur. civ. exerc. 34 §. 21, Schulting notae ad Dig. ad l. 7 §. 1 de acq. v. om. her. (tom. V. p. 125 sq.), u. A. m.

I. Vor allen Dingen muß ich hier an einen Grundſatz erinnern, der auch ziemlich allgemein anerkannt, und in die meiſten Kompendien aufgenommen iſt, deſſen konſequente Durchführung man aber oft vermißt, an das Prinzip nämlich, daß Rechtswohlthaten als vererblich angenommen werden müſſen, wenn nicht beſondere Gründe für das Gegentheil in den Geſetzen enthalten ſind, während freilich umgekehrt Privilegien im e. S. (jura specialia) regelmäßig als auf die privilegirte Perſon beſchränkt aufzufaſſen ſind. Wenn mir auch keine Stelle bekannt iſt, in welcher jene Regel, daß Rechte, welche ſich auf ein jus singulare gründen, im Zweifel auf die Erben übergehen, ausdrücklich als ſolche ausgeſprochen iſt, ſo kann doch die Realität derſelben ſchon darum nicht bezweifelt werden, weil ſehr mannichfache Anwendungen davon in den Quellen vorkommen. So, um nur einige wenige beiſpielsweiſe anzudeuten, enthalten die Worte des SC. Macedonianum keine Hindeutung darauf, daß auch den Erben des Hausſohns eine Einrede zuſtehen ſolle, „quamquam autem non declaret Senatus, cui exceptionem det, tamen sciendum est, et heredem filii — — — exceptione uti posse“ [11]). Eben ſo verhält es ſich mit dem beneficium in integrum restitutionis [12]), mit der Rechtswohlthat des SC. Vellejanum [13]) u. a. m. In der That iſt aber jene Regel auch ſehr natürlich, denn bei einer Rechtswohlthat liegt das Exorbitante nicht in dem konkreten Rechte, welches in Folge der ſingulären Rechtsnorm zur Entſtehung kommt, ſondern nur in dieſer Rechtsnorm ſelbſt. Das konkrete Recht iſt alſo auch ganz nach den gewöhnlichen Prinzipien zu beurtheilen, und wie die allgemeine Theorie der Rechte in andern Beziehungen, z. B. in Betreff des Erwerbs und Verluſts darauf anwendbar iſt, ſo muß dies auch in Betreff der Ver-

11) L. 7 §. 10 de SC. Macedon. (14, 6).
12) L. 6 de in integr. rest. (4, 1).
13) L. 20 C. ad SC. Vellej (4, 29).

erblichkeit der Fall ſein [14]). Ganz anders verhält es ſich dagegen mit Privilegien im engern Sinn, denn hier liegt das Abnormale gerade in dem konkreten Rechte ſelbſt, welches eben darum, wie überhaupt, ſo auch in der beſondern Beziehung der Vererblichkeit nach eigenthümlichen, von der allgemeinen Theorie der Rechte abweichenden Grundſätzen beurtheilt werden muß. — Wendet man dies auf die vorliegende Frage an, ſo ergibt ſich von ſelbſt, daß das jus abstinendi allerdings als vererblich angenommen werden muß, wenn nicht in unſrer Geſetzgebung beſondre Gründe für das Gegentheil vorkommen. In der That findet aber gerade das Umgekehrte Statt, indem vielmehr ſehr deutliche Spuren für die Vererblichkeit aus den Quellen uns entgegentreten. Abgeſehen nämlich von den Worten der l. 19 C. h. t., die zu dieſer ganzen Erörterung die Veranlaſſung gegeben haben, und welche, wie noch nachher gezeigt werden ſoll, ſehr entſchieden auf jene Vererblichkeit hinzudeuten ſcheinen, abgeſehen, ſage ich, von dieſer l. 19 cit. gehört insbeſondre noch hierher der Ausſpruch des Paulus (libro I ad Sabinum) in l. 7 §. 1 de acq. v. om. her. (29, 2):

„Si filius, priusquam sciret, se necessarium extitisse patri heredem, decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri ejus idem tribueretur.“

Soviel iſt hier klar ausgeſprochen, daß der Hausſohn

---

14) M. a. W. Das Geſetz, welches eine Rechtswohlthat einführt, iſt allerdings ſingulär (und darum darf z. B. keine analoge Ausdehnung deſſelben ſtatuirt werden), die Befugniß aber, welche auf ordnungsmäßige Weiſe in Folge dieſes Geſetzes entſtanden iſt (indem die faktiſchen Vorausſetzungen dieſer Norm in einem einzelnen Falle zur Wirklichkeit gekommen ſind), dieſe Befugniß, ſage ich, hat gar nichts Singuläres, und es iſt daher auch an ſich kein Grund vorhanden, dieſelbe in Beziehung auf die Vererblichkeit von den allgemeinen Prinzipien ausnehmen zu wollen. Billiger Weiſe ſollte auch der Ausdruck jus singulare immer nur von dem Rechte im objektiven Sinne, nicht auch von dem Rechte im ſubjektiven Sinne gebraucht werden.

dann, wenn er verſtirbt, ohne von dem Anfall der väterlichen Erbſchaft Kunde erhalten zu haben, ſein jus abstinendi auf ſeinen Hausſohn transmittirt. Iſt nun dieſe Entſcheidung auf die Vorausſetzungen des konkreten Falls gegründet, ſo daß das argumentmu a contrario hier anwendbar, und für andre Fälle demnach die Nichtvererblichkeit des jus abstinendi anzunehmen iſt, oder wird nicht hier vielmehr eine im Allgemeinen als gewiß vorausgeſetzte Regel nur auf einen einzelnen Fall angewendet, bei dem vielleicht wegen ſeiner beſondern Beſchaffenheit die Anwendbarkeit jener Regel zweifelhaft ſein konnte? Die erſte Betrachtungsweiſe iſt die gewöhnlichere, die ſich namentlich auch wieder bei Steppes vorfindet. Es werde hier nämlich ausnahmsweiſe dem Enkel die Befugniß, von der großväterlichen, dem Vater ſchon zugefallenen, Erbſchaft ſich zu abſtiniren, nur darum gegeben, weil der Vater von jenem Anfall keine Kunde erlangt habe, und alſo für ſeine Perſon an der Ausübung jener Befugniß verhindert geweſen ſei; ſei alſo der erſte Erbe ſelbſt ſchon im Stande geweſen, von dem jus abstinendi Gebrauch zu machen, und habe dies unterlaſſen, ſo könnten ſeine Nachfolger jene Befugniß nicht in Anſpruch nehmen. — Ich kann dieſer Anſicht unmöglich beiſtimmen. Nimmt man nämlich die Unvererblichkeit des jus abstinendi als Regel an, ſo würde eine Ausnahme hiervon, auf den bloßen Grund, daß der erſte Erbe von dem Anfalle der Erbſchaft keine Kunde erhalten habe, civiliſtiſch nicht konſtruirt werden können, denn ein an ſich höchſtperſönliches Recht kann niemals darum den Erben des urſprünglich Berechtigten zugeſtanden werden, weil dieſer durch Unkunde nicht zur Ausübung ſeiner Befugniß gelangt iſt. Gerade ſo, wie es — um einen ganz analogen Fall anzuführen — niemals der richtigen Anſicht nach einem römiſchen Juriſten eingefallen iſt, das höchſtperſönliche Recht, eine deferirte Erbſchaft anzutreten, darum auch den Nachfolgern des deſignirten Erben zuzugeſtehen weil dieſer durch Unkunde der an ihn geſchehenen Delation an dem

Erbſchaftsantritt gehindert worden ſei [15]), eben ſo wenig hätte auch Paulus, wenn er wirklich das jus abstinendi als ein unvererbliches Beneficium angeſehen hätte, daſſelbe darum den Kindern des Suus zugeſtehen dürfen, weil dieſer den geſchehenen Anfall der Erbſchaft nicht erfahren habe. Und doch müßte man auf dem Wege civiliſtiſcher Konſtruktion zu jener Entſcheidung des Paulus kommen können, denn dieſer gründet dieſelbe nicht etwa auf eine ſinguläre geſetzliche Beſtimmung, ſondern durch bloße Argumentation gelangt er zu derſelben. Am Beſtimmteſten wird aber jene Betrachtungsweiſe noch durch die eigenen Worte des Paulus widerlegt. In der l. 7 cit. wird uns ja wirklich der Grund der Entſcheidung angeführt, aber derſelbe beſteht nicht etwa darin, „weil der erſte Erbe durch ſeine Unkunde verhindert war, von dem Abſtinenzrechte Gebrauch zu machen", ſondern „*quia et patri ejus idem tribueretur*," alſo, weil ja auch dem Vater dieſes Beneficium rechtlich zuſtand! — Unſre Stelle iſt vielmehr ſo aufzufaſſen: die Regel, daß das jus abstinendi auch auf die Erben des suus heres übergehe, wird als zweifellos vorausgeſetzt, und die Frage iſt nur, ob dieſe Regel auch ſelbſt in dem Falle anwendbar ſei, wenn der Hausſohn den Anfall der Erbſchaft gar nicht erfahren habe? Man hätte hier zweifelhaft ſein können, eben weil der erſte Erbe noch gar nicht in der Lage war, von dem jus abstinendi Gebrauch

---

15) Freilich wird von neuern Juriſten ſehr häufig das Gegentheil behauptet, indem dieſelben in dieſem Falle eine ſ. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis annehmen; daß dies aber völlig irrig iſt, ſoll weiter unten näher gezeigt werden (vgl. den Text zu den Noten 28 fgg.) Dürfte man aber ſelbſt auch dieſe Idee annehmen, und eine in integrum restitutio wegen der aus Unkunde unterlaſſenen Antretung des erſten Erben zulaſſen, ſo würde daraus doch noch nicht die Entſcheidung des Paulus in l. 7 cit. im Sinne der Gegner gerechtfertigt werden können, denn daß hier Paulus dem Enkel das jus abstinendi nicht auf dem Wege der in integr. rest. einräumt, fällt von ſelbſt in's Auge.

machen zu können, und ein Recht, welches man selbst noch nicht hat, auch nicht vererbt werden kann. Diesen Zweifel aber beseitigt Paulus, und entscheidet sich auch in diesem Falle für die Vererblichkeit jenes Rechts, weil ja doch in der Person des Vaters rechtlich das jus abstinendi jedenfalls begründet war, und ein bloßes faktisches und zufälliges Hinderniß der Ausübung der Uebertragbarkeit nicht im Wege stehen kann [16].

Aus der bisherigen Ausführung geht aber auch von selbst hervor, daß das jus abstinendi allen Erben des suus heres zukommt. Zwar ist in der l. 7 cit. nur von dem Falle die Rede, wenn der Suus wieder mit Hinterlassung eines Suus verstirbt, aber dies exclusiv zu nehmen, gibt es wohl keinen haltbaren Grund, und die von Paulus l. c. angeführte ratio decidendi: quia et patri ejus idem tribueretur, setzt offenbar nur die Erbenqualität, nicht die Eigenschaft eines suus heres voraus. Doch ist unter den ältern Juristen besonders A. Faber a. a. O. andrer Meinung, und eben so hat sich jetzt auch Marezoll a. a. O. für jene Beschrän-

16) Steppes a. a O. will gegen die Uebertragbarkeit des jus abstinendi noch besonders das bekannte Prinzip des röm. Rechts geltend machen, daß eine Erbschaft nur als ungetrenntes Ganzes angenommen und ausgeschlagen werden könne, indem es doch offenbar eine nur theilweise Annahme der väterlichen Erbschaft sei, wenn dem Erben erlaubt wäre, den Theil derselben, welcher aus dem großväterlichen Nachlaß dazu gekommen ist, wieder davon zu trennen. — Dieser Einwand ist jedoch gewiß unbedeutend. Der Erbe soll nämlich in Gemäßheit jenes Grundsatzes nicht scheiden wollen, was bei dem Erblasser selbst als ein ungeschiedenes Ganzes bestand. Dieses Ganze geht aber auf den Erben so über, wie es bei dem Erblasser war, und kann dieser also sich eines Theils desselben entledigen, so ist es völlig konsequent, daß dieses auch seinem Erben eingeräumt wird. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, wenn der Erbe des Suus von diesem jus abstinendi Gebrauch macht, die väterliche Erbschaft nach Civilrecht doch bei ihm verbleibt, nicht anders, wie bei dem Suus selbst, wenn dieser das jus abstinendi geltend gemacht hätte.

kung erklärt. Hält man freilich das Transmittiren der angegebenen Art mit Marezoll für etwas „offenbar Exorbitantes", dann iſt die Annahme dieſer Beſchränkung ganz konſequent, während ſich dies nach unſrer oben ausgeführten Anſicht natürlich umgekehrt verhalten muß. Der innere Grund aber, auf den ſich beſonders Faber beruft, ſcheint mir ſehr ſchwach. Darnach ſoll nämlich einem extraneus heres des Suus das jus abstinendi darum nicht zuſtehen, weil es dieſer ja ſich ſelbſt imputiren müſſe, wenn er die Erbſchaft des Suus, worin die väterliche enthalten war, angetreten habe! Offenbar könnte, wenn überhaupt dieſer Geſichtspunkt aufgefaßt werden dürfte, mit demſelben Rechte auch die Transmiſſion des jus abstinendi auf den suus heres in Abrede geſtellt werden, denn dieſer kann ſich ja von der Erbſchaft des Vaters abſtiniren, und hat er ſich in dieſe immiſzirt, ſo mag er es ſich nun ſelbſt imputiren, wenn er auch die großväterliche Erbſchaft mit in den Kauf nehmen muß [17]).

---

17) Einen andern Grund für jene angebliche ſubjektive Beſchränkung bei der Transmiſſion des jus abstinendi führt noch Marezoll a. a. O. an. Man könne nämlich ſagen, daß hier von einem Abſtiniren im Namen eines andern Suus die Rede ſei, und dieſes ſetze die Eigenſchaft eines Suus ebenfalls in der Perſon desjenigen voraus, auf den das Recht zu abſtiniren übergehen ſolle; denn nicht überhaupt die Fähigkeit zu abſtiniren, werde transmittirt, ſondern die Befugniß, für einen Andern und noch in deſſen Namen zu abſtiniren. Zur Erläuterung fügt noch Marezoll das Beiſpiel zu: ſo wenig nach der transm. Theodos. eine Perſon, welche überhaupt nicht die zur Antretung einer deferirten Erbſchaft nöthigen Eigenſchaften habe, im Namen des während der Deliberation Verſtorbenen noch antreten könne, eben ſo wenig könne Jemand, der ſeinem Weſen nach extraneus heres ſei, für ſeinen Erblaſſer, welcher Suus war, abſtiniren. — Verſtehe ich Marezoll'n recht, ſo iſt ſein Gedanke der: um auf Jemanden das jus abstinendi transmittiren zu können, muß der Transmiſſarius die zur Geltendmachung jenes Rechts nöthigen Eigenſchaften haben, gerade ſo, wie das Recht, eine Erbſchaft anzutreten, nur auf denjenigen transmittirt werden kann, welcher die zur Erbſchaftsantretung nöthigen Qualitäten hat.

II. Wenn es nun aber wahr iſt, daß im Pandektenrecht der Satz begründet iſt, daß der Hausſohn ſein beneficium abstinendi auf ſeine Erben transmittire, ſo kann es wohl auch kaum zweifelhaft ſein, daß die Anfangsworte der l. 19 C. cit. gerade hierauf hindeuten. Dieſelben paſſen nämlich ſo vollkommen auf jenen Rechtsſatz [18], daß auch daraus noch ein nicht unbedeutendes Argument für die Richtigkeit deſſelben entnommen werden kann. Außerdem eignete ſich aber auch gerade dieſer Satz des alten Rechts auf das Beſte, um

---

Nun iſt aber blos ein Suus zur Ausübung des jus abstinendi qualifizirt, alſo iſt auch in der Perſon des Transmiſſarius Suität erforderlich. Gegen dieſe Deduktion iſt aber ſchon von vorne herein zu erinnern, daß ſie nicht zu dem von Marezoll angenommenen Reſultate führen würde, wornach der Transmiſſarius ein suus heres des Transmittenten ſein mußte, ſondern vielmehr zu dem andern Satze, daß der Transmiſſarius eben ſo, wie der Transmittent, im Suitätsverhältniß mit dem erſten Erblaſſer ſtehen müßte. Außerdem iſt aber auch gewiß der ganze Satz irrig, daß in der Perſon des Transmiſſarius gerade die Vorausſetzungen vorhanden ſein müßten, welche zur Begründung des transmittirten Rechts erforderlich ſind. Um eine Erbſchaft antreten oder ausſchlagen zu können, iſt erforderlich, daß uns dieſelbe deferirt ſei; dennoch aber wird jenes Recht auf Jemanden transmittirt, dem die Erbſchaft nicht deferirt iſt, in deſſen Perſon alſo jene Vorausſetzung nicht begründet iſt. Ganz ſo müſſen wir in unſerm Falle ſagen: um uns von einer Erbſchaft abſtiniren zu können, iſt erforderlich, daß uns dieſelbe ipso jure zugefallen iſt, daß wir alſo mit dem Erblaſſer in Suitätsverhältniß geſtanden haben; dennoch aber kann jenes Recht auch auf einen ſolchen transmittirt werden, bei dem jene Vorausſetzung nicht eingetreten, bei dem alſo ein Suitätsnexus in keiner Weiſe begründet iſt.

18) Wenn Steppes a. a. O. S. 51 umgekehrt behauptet, die Worte Juſtinian's paßten darum nicht auf die Transmiſſion des Abſtinenzrechts, weil ja der Kaiſer deutlich von einer Transmiſſion der Erbſchaft ſelbſt ſpreche („Filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere"), ſo iſt dies nur ſcheinbar. Wie die ganze l. 19 cit. wahrhaft erbärmlich ſtyliſirt iſt, ſo iſt dies auch in dem eben ausgehobenen Paſſus der Fall; daß nämlich bei dem hanc nicht hereditatem, ſondern deliberationem zu ſuppliren

daran das neue Inſtitut der transmissio Justinianea anzuknüpfen. Der Hausſohn nämlich, welcher weder abſtinirt, noch ſich immiſzirt hat, ſteht materiell dem extraneus heres gleich, welcher weder angetreten noch ausgeſchlagen hat. Beide haben es in ganz ähnlicher Weiſe in ihrer Hand, ob ſie ſich zu der Erbſchaft hinziehen, oder von derſelben ſich losmachen wollen, und Beide können in ganz gleicher Weiſe zu dieſem Behuf um ein spatium deliberandi nachſuchen [19]), aber auch ohne ies dürfen ſie Beide mit vollſtem Rechte bis zu erfolgter Entſcheidung als *deliberantes* angeſehen werden. Während nun vor Juſtinian nur der deliberirende Hausſohn (mochte er übrigens wirklich um Deliberationsfriſt nachgeſucht haben, oder nicht) das ihm zuſtehende Wahlrecht auf ſeine Nachfolger übertrug, ſo wollte dies Juſtinian auch auf den extraneus heres ausdehnen, und er verordnete demgemäß, daß künftig jeder Erbe, möge er wirklich Deliberationsfriſt ſich erbeten haben, oder ohnedies als Deliberirender erſcheinen, ſein Wahlrecht („praedictum arbitrium"), eben ſo, wie früher nur der Hausſohn, auf ſeine Nachfolger übertragen ſolle, nur mit der einen Modifikation, daß dieſe Transmiſſion nicht länger als ein Jahr Statt finden dürfe. In der That iſt der innere Zuſammenhang zwiſchen beiden Rechtsſätzen ſo augen-

---

iſt, geht mit Entſchiedenheit aus dem folgenden: eam deliberationem duximus esse protelandam hervor. Allenfalls kann auch ergänzt werden: hereditatem cum deliberatione, wodurch der grammatiſche Verſtoß um ein Weniges geringer wird. — Was Steppes noch weiter gegen unſre Annahme aus dem Worte deliberantes beibringt, findet in dem, was gleich nachher im Texte geſagt iſt, hinlängliche Widerlegung.

19) Daß auch der Hausſohne zum Behuf der Abſtention eine Deliberationsfriſt erbitten kann, ganz wie ein extraneus heres, darf, obwohl dies von Manchen (z. B. von A. Faber l. c.) in Abrede geſtellt wird, ſchon nach allgemeinen Grundſätzen nicht bezweifelt werden, wird aber auch noch beſonders beſtätigt durch l. 7 pr. de jure delib. (28, 8), denn daß hier von einer einem Suus gegebenen Deliberationsfriſt die Rede iſt, geht aus den Worten hervor: „an expediat, eum hereditatem retinere".

ſcheinlich, daß, wenn anders die Vererblichkeit des jus abstinendi wirklich gegründet iſt, Juſtinian wohl ſchwerlich einen paſſendern Satz des alten Rechts finden konnte, um daran ſeine neue Verordnung anzuknüpfen. Nur der rein formelle Unterſchied iſt vorhanden, daß das von dem Hauskinde auf ſeine Nachfolger transmittirte Arbitrium darin beſteht, die Erbſchaft behalten oder ſich von derſelben losmachen zu dürfen, während das von dem extraneus heres transmittirte Wahlrecht dahin geht, die Erbſchaft erwerben oder ausſchlagen zu dürfen. — Ganz anders lautet dagegen freilich die Argumentation von Steppes, indem derſelbe nachzuweiſen ſucht, daß ſelbſt dann, wenn man eine transmissio juris abstinendi ſtatuiren dürfe, doch Juſtinians Worte in l. 19 C. cit. nicht darauf bezogen werden könnten. Denn der Kaiſer ſage, die von ihm geſchaffene Transmiſſion ſei eine Ausdehnung des Rechts der sui heredes auf die extranei; nun könne man aber doch wahrlich das Recht der Erben, die ihrem Erblaſſer deferirte Erbſchaft anzutreten (transm. Justinianea), nicht für eine Ausdehnung der Befugniß des Erben, die dem Erblaſſer zugefallene Erbſchaft auszuſchlagen (Vererblichkeit des jus abstinendi), erklären wollen! Offenbar iſt aber bei dieſer Deduktion der wahre Gegenſtand der transmissio völlig verkannt. Faßt man nämlich als ſolchen, wie man nothwendig muß, das freie Wahlrecht auf, ſich zu der Erbſchaft hinziehen, oder ſich davon losmachen zu dürfen, ſo löſ't ſich von ſelbſt der anſcheinend ſchroffe Gegenſatz zwiſchen dem Rechtsverhältniß der sui und extranei heredes in die vorher angedeutete rein formelle Verſchiedenheit auf.

III. Dies möge genügen, um unſre Anſicht von der Veranlaſſung der transmissio Justinianea zu rechtfertigen. Unter den anderweiten, oben angedeuteten, Meinungen iſt wohl die neueſte von v. Buchholtz aufgeſtellte Hypotheſe am wenigſten zu billigen, indem mir nicht nur der Rechtsſatz, auf welchen dieſelbe baſirt iſt, irrig ſcheint, ſondern derſelbe auch,

ſelbſt wenn er wahr wäre, ſich wohl ſchwerlich zum Anknüpfungspunkt für die transm. Justin. eignen möchte. Herr v. Buchholtz geht von dem Satze aus: wenn ein Suus unter der Bedingung *si volet* zum Erben eingeſetzt und vor der Entſcheidung geſtorben ſei, ſo ſolle ſeinen Deſzendenten noch das Recht zuſtehen, ſich über die Annahme der Erbſchaft zu erklären. Nun haben wir aber mehrfache ſehr detaillirte geſetzliche Entſcheidungen für den Fall, wenn ein Hausſohn unter einer reinen Poteſtativ-Bedingung zum Erben eingeſetzt und vor Erfüllung derſelben verſtorben iſt. Sind nämlich in ſolchem Falle noch Miterben oder Subſtituten da, ſo fällt die Erbſchaft an dieſe; iſt er aber der alleinige eingeſetzte Erbe, und die beigefügte Bedingung von der Art, daß ſie auch noch im letzten Augenblicke ſeines Lebens hätte erfüllt werden können (was natürlich bei der Bedingung *si volet* ſtets der Fall iſt), ſo fällt die Erbſchaft ab intestato an die nächſten Erben des Erblaſſers, nicht aber an die Succeſſoren des Hausſohns [20]). Daß bei derartigen in das feinſte Detail eingehenden Erörterungen, wie ſie namentlich in der l. 28 de condit. inst. vorkommen, auch das von v. Buchholtz ſtatuirte Transmiſſionsrecht hätte erwähnt werden müſſen, wenn es wirklich gegründet wäre, ſcheint mir unzweifelhaft. Ließe ſich aber auch wirklich die Exiſtenz einer ſolchen Transmiſſion nachweiſen, ſo wird man doch ſchwerlich in der l. 19 C. cit. eine Hindeutung darauf finden dürfen; dieſelbe wäre nämlich offenbar an ſo vielfache eigenthümliche Beſchränkungen gebunden, daß man gar nicht begreifen könnte, wie ſie den ge-

---

20) L. 4 pr. §. 2, l. 5 de hered. inst. (28, 5), l. 28 de condit. instit. (28, 7). Vgl. meine Pand. II. S. 234 und die dort S. 237 Citt. — Da v. Buchholtz in einer ſpätern Abh. „über bedingte Enterbung und Einſetzung der Kinder" in der Zeitſchr. f. Civilr. und Proz. Bd. XIII. No. 13 jenes beſondre Transmiſſionsrecht mit keinem Worte erwähnt, obwohl dazu doch wohl Veranlaſſung geweſen wäre, ſo ſcheint es faſt, als habe er ſeine frühere Idee ſpäter aufgegeben.

ſchichtlichen Anknüpfungspunkt für ein ſo umfaſſendes, auf Inteſtat- wie Teſtaments-Erbſchaft bezügliches Inſtitut, wie es die transm. Justinianea iſt, hätte abgeben können [21]).

Auch die Meinung von Steppes iſt ſchon ihrer Grundlage nach inſofern irrig, als derſelbe von der Negative ausgeht, daß der deliberirende Hausſohn nicht ſein Deliberationsrecht, ſondern ſtets nur die Erbſchaft ſelbſt übertrage. Aber auch abgeſehen hiervon ſcheint es mir unmöglich, daß Juſtinian durch eine transmissio im Sinne von Steppes zur Einführung ſeiner transmissio habe bewogen werden können. Beide ſind ja offenbar ſo heterogen, wie möglich, indem dort die Erbſchaft ſelbſt, hier dagegen nur das Wahlrecht, die Erbſchaft anzutreten oder auszuſchlagen, auf die Succeſſoren transmittirt wird; und doch ſollte Juſtinian ſeine transmissio nur als eine Erweiterung jenes früheren Rechtsſatzes haben anſehen können!

Was endlich noch die Anſicht von Thibaut anbelangt, ſo will ich die Möglichkeit, daß Juſtinian's Worte auf einen ſolchen Satz hindeuten könnten, nicht in Abrede ſtellen, aber die Realität dieſes Satzes kann auch durch Nichts, als eben nur durch Juſtinian's Worte bewieſen werden, indem außerdem auch keine Spur davon in den Quellen vorkommt. Dieſer Beweis iſt aber ſehr hinfällig, da ja jene Worte, wie ich gezeigt zu haben hoffe, jedenfalls auch eine andre und zwar viel wahrſcheinlichere Auslegung zulaſſen. —

21) Dies verkennt auch v. Buchholtz ſelbſt nicht, denn er ſagt a. a. O.: „Dadurch aber möchte ſich dieſes beſondre Recht des Suus, von welchem Paulus geredet haben ſoll, in der That mehr der ſ. g. Theodoſiſchen, als der Juſtinianiſchen Transmiſſion anſchließen, und als Vorläufer jener geſetzlichen Subſtitution angeſehen werden können". Wie verträgt ſich dies aber mit dem Ausſpruch Juſtinian's, daß gerade ſeine Transmiſſion (nicht die Theoſiſche) eine Erweiterung jenes beſondern Rechts des Suus ſei? Hätte dieſes beſondre Recht darin beſtanden, was v. Buchholtz darin finden will, ſo hätte Juſtinian auch wirklich weit eher ſeine neue Verordnung an die transm. Theodosiana anzuknüpfen Grund gehabt, als an jenes eigenthümliche Recht des Suus

II.

Wenn nun nach der bisherigen Ausführung durch l. 19 C. cit. eine Gleichſtellung der sui und der extranei heredes in Betreff der Transmiſſion herbeigeführt wurde, ſo fügte doch Juſtinian dieſer Gleichſtellung eine weſentlich beſchränkende Modifikation bei. Während nämlich der suus heres das ihm zuſtehende Wahlrecht ohne irgend eine Zeitbeſchränkung auf ſeine Erben überträgt, ſoll die in unſerm Geſetze eingeführte Transmiſſion von Seiten des extraneus heres auf die Zeit eines Jahres beſchränkt ſein:

„— — praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, *ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa.*“

Die herrſchende Lehre geht nun dahin, es ſei zu unterſcheiden, ob der berufene Erbe ſich eine Deliberationsfriſt erbeten habe, oder nicht. Im erſtern Falle komme nicht das Jahr in Betracht, ſondern, wenn der Erbe innerhalb der ihm geſetzten Friſt verſterbe, ſo hätten ſeine Erben bis zum Ablauf dieſer Deliberationsfriſt ganz dieſelben Rechte, wie er ſelbſt; ſei aber keine Deliberationsfriſt erbeten, dann hätten ſeine Erben noch bis zum Ablauf eines Jahres die Befugniß, nach Gutdünken die Erbſchaft anzunehmen oder auszuſchlagen [22]).

22) Dieſe Anſicht iſt ſo verbreitet, daß es faſt überflüſſig ſcheint, einzelne Namen dafür anzuführen; man vgl. z. B., um nur einige Neuere zu nennen, Höpfner Komm. §. 548 a. E., Günther principia jur. Rom. priv. II. §. 836, Malblanc princ. jur. Rom. III. §. 724, Weber Erläuterung der Pandekten Bd. II. S. 248. 267. Schweppe Lehrb. §. 877, Deſſelben Handb. herausgegeben von Mejer, Bd. V. S. 253, v. Wening Lehrb. Buch V. §. 271 (auch beibehalten in der neueſten von Fritz beſorgten Ausgabe), Mackeldey Lehrb. §. 691 (auch noch in der II. von Roßhirt beſorgten Ausgabe), Seuffert Lehrb. III. §. 574, Valett Lehrb. III. §. 1216, Puchta Lehrb. §. 495 Anm. No. 4. (S. 555.) — Thibaut Verſuche II. S. 207, Glück Inteſtaterbfolge §. 26 (2. Aufl. S. 90 fgg.), Roßhirt teſtamentar. Erbrecht Bd. II. S. 197, v. Hartitzſch Erbr. §. 219, Steppes die Transmiſſion S. 56 fgg.

Eine wesentlich abweichende Ansicht findet sich bei Unterholzner [23]). Zwar geht auch er davon aus, daß man unterscheiden müsse, ob der berufene Erbe um Deliberation gebeten habe, oder nicht, aber diese Unterscheidung hat nach seiner Meinung eine ganz andere Bedeutung, als nach der herrschenden Lehre. Habe nämlich der Berufene sich eine Deliberationsfrist erbeten, und sei dann vor Ablauf dieser Frist gestorben, so sollen die Erbeserben immer noch ein volles Jahr zur Entschließung haben, und eben dies sei auch dann anzunehmen, wenn der Berufene vor erlangter Wissenschaft gestorben, und darum die Erbittung einer Deliberationsfrist unterlassen sei. Habe aber der berufene Erbe bereits Kenntniß von dem Erbanfalle erlangt, und sich doch keine Ueberlegungsfrist erbeten, so werde in das Jahr, was den Erbeserben zur Entschließung vergönnt sei, auch die Zeit mit eingerechnet, während welcher der Erbe den Anfall gekannt habe, und sei also von dieser Zeit an bis zum Tode des berufenen Erben schon ein volles Jahr abgelaufen, so falle alle Transmission hinweg.

Eine dritte Meinung endlich geht dahin, daß jene ganze Unterscheidung, ob um Deliberationsfrist gebeten worden sei, oder nicht, in Betreff der Transmission ganz ohne Einfluß sei, sondern man vielmehr in beiden Fällen gleichmäßig sagen müsse, daß die Transmission stets nur während eines Jahres Statt finde, so daß also dieselbe immer dann ausgeschlossen sei, wenn der Berufene nach Ablauf eines Jahres versterbe, sollte auch die von ihm erbetene Deliberationsfrist im Augenblicke seines Todes noch nicht völlig zu Ende gegangen sein [24]).

---

23) Verjährungslehre Bd. II. §. 166. S. 54 fg.

24) Diese Ansicht findet sich z. B. bei Mühlenbruch Forts. des Glück'schen Komm. Bd. 41. S. 327 verb: „und durch diese [die Deliberationsfrist] nur, wenn nicht schon ein volles Jahr seit dem erfahrenen ersten Erbschaftsanfalle verflossen ist" (noch in der dritten deutschen Ausgabe des Lehrbuchs §. 705 wird dagegen die transm. Justin. so definirt: „wenn der Erbe innerhalb der Deliberationsfrist mit Tode abgeht, wodurch seine Erben ein

Dieſe letztere Meinung iſt meiner vollſten Ueberzeugung nach die einzig haltbare. Was nämlich zunächſt die herrſchende Lehre anbelangt, ſo iſt die weſentliche Grundlage derſelben augenſcheinlich die unter den älteren Juriſten ſo ſehr verbreitete Idee, daß Juſtinian in unſerm Geſetze für den berufenen Erben ſelbſt eine Deliberatsionsfriſt von einem Jahre eingeführt, und dieſe der erbetenen und vom Richter ertheilten Delib. Friſt zur Seite geſtellt habe. Unter Vorausſetzung dieſer Annahme liegt freilich der Gedanke ſehr nahe, die Verordnung in Betreff der Transmiſſion ſo aufzufaſſen, daß dadurch überhaupt die dem berufenen Erben ſelbſt zuſtehende Deliberationsfriſt, ſei dies nun eine richterliche oder geſetzliche, auch auf die Erbeserben erſtreckt worden ſei, ſo daß dieſen immer noch gerade ſo viel Zeit zu ihrer Entſchließung vergönnt ſein ſolle, wie der berufene Erbe ſelbſt, wenn er leben geblieben wäre, gehabt hätte. In einem frühern Hefte dieſer Zeitſchrift habe ich aber nachgewieſen, daß jene Idee von einer geſetzlichen Deliberationsfriſt gewiß grundlos iſt, und daß Juſtinian nicht daran gedacht hat, dem berufenen Erben ſelbſt ſein Wahlrecht in irgend einer Weiſe zu verkümmern [25]). Iſt dies aber richtig, ſo fällt damit auch der einzige ſcheinbare Grund für jene herrſchende Lehre in Betreff der Transmiſſion zuſammen. Wenn es nämlich gewiß

Recht erhalten, während der noch übrigen Friſt die Erbſchaft anzutreten"). Eben ſo vertheidigt auch dieſe Anſicht Göſchen Vorleſungen Bd. III. S. 403, Mayer Erbrecht Bd. I. S. 321 („doch nie über ein Jahr von der Delation an"), v. Buchholtz a. a. O. S. 79 („In keinem Falle darf aber dieſe Bedenkzeit, gleichviel ob ſich der erſte Erbe eine Deliberationsfriſt erbeten hat, oder nicht, — — — mehr als ein Jahr betragen").

25) Archiv XXII. No. 7 („Reviſion der neuen Theorien über geſetzliche Deliberationsfriſt"). Dem weſentlichen Reſultate dieſer Abhandlung, daß weder aus l. 19 C. de jure delib., noch aus l. 22 §. 1 eod. eine geſetzliche Deliberationsfriſt abgeleitet werden könne, daß es überhaupt eine ſolche gar nicht gebe, ſind nicht nur die beiden Rezenſenten jenes Aufſatzes, Puchta und Arndts, in Richter's Jahrb. 1840 S. 7 fgg. S. 17 fgg. beige-

iſt, daß dann, wenn keine Deliberationsfriſt erbeten wurde, der Erbeserbe nach Ablauf eines Jahres ausgeſchloſſen wird, obwohl der berufene Erbe ſelbſt, wenn er noch lebte, noch ungehindert antreten könnte, wenn alſo in dieſem Falle die Erbeserben nicht gerade daſſelbe Recht haben, wie der Berufene ſelbſt: ſo iſt doch gewiß nicht abzuſehen, weshalb dies in dem andern Falle, wenn der Berufene um Deliberationsfriſt gebeten hat, anders ſein, weshalb alſo gerade hier das geſammte Recht des Berufenen auf die Erbeserben übergehen ſolle. Nur durch beſtimmtes Geſetz könnte man zur Annahme einer ſolchen Unterſcheidung bewogen werden; aber es fehlt nicht nur an einem ſolchen, ſondern bei nur irgend unbefangener Betrachtung der Juſtinianiſchen Verordnung läßt ſich nicht verkennen, daß gerade das Gegentheil dort beſtimmt genug ausgeſprochen iſt. Lieſt man nämlich die Worte der l. 19 cit. von: Ideoque sancimus bis zu: transmissio fuerit conclusa, ſo ſieht man leicht, daß da freilich die beiden Fälle, wenn der berufene Erbe um Deliberation gebeten, und wenn er dies nicht gethan hat, hervorgehoben werden, aber nur zu dem Zwecke, um zu bemerken, daß in Betreff der Transmiſſion gar kein Unterſchied zwiſchen ihnen vorkomme. Von beiden Fällen gleichmäßig heißt es, es ſolle Transmiſſion Statt finden, und auf beide gleichmäßig bezieht ſich die Bemerkung, daß dieſe Transmiſſion auf die Zeit eines Jahres beſchränkt ſein ſoll. Eine andere Auslegung iſt grammatiſch unmöglich, und die Behauptung, die ſich z. B. noch bei Steppes a. a. O. findet, daß die Worte: „ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa“ ſich nur auf den letztern Fall bezögen, wenn

---

treten, ſondern, was mich vorzüglich freut, auch Mühlenbruch hat jetzt ſeine frühern abweichenden Anſichten gänzlich aufgegeben, Lehrb. 3. Aufl. §. 703, und Fortſ. des Glück'ſchen Komm. Bd. 41 §. 1467 S. 295 fgg. Vgl. auch Mayer Erbr. I. §. 118 Note 22 u. 23, und Roßhirt teſtamentar. Erbr. II. S. 188.

der Erbe ſich eine Deliberationsfriſt nicht erbeten hat, muß auf das Entſchiedenſte zurückgewieſen werden. Freilich könnte man ſich nun doch auf die folgenden Worte berufen wollen:

„Et sic quidem is, qui sciens, hereditatem — — sibi esse delatam, *deliberatione minime petita* intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat,“

denn hier werde ja das annale tempus gerade nur auf den Fall in Beziehung gebracht, wenn keine Delib. Friſt erbeten ſei, und wenn alſo auch der Kaiſer in den vorhergehenden Worten ſich zu weit ausgedrückt habe, ſo ſei doch in dieſen letzten Worten ſeine wahre Willensmeinung deutlich genug ausgeſprochen. Dieſes Argument verſchwindet aber von ſelbſt, wenn man den Zuſammenhang, in welchem dieſe Worte mit dem vorhergehenden Satze ſtehen, richtig auffaßt. Offenbar will nämlich der Kaiſer nicht etwa einen vorher zu allgemein ausgeſprochenen Satz auf einen einzelnen Fall beſchränken, ſondern augenſcheinlich will er vielmehr ſein neues Inſtitut, deſſen Weſen er in den vorhergehenden Worten im Allgemeinen angegeben hat, auf einen einzelnen Fall anwenden, den er als den zweifelhafteſten beſonders hervorheben zu müſſen glaubt, auf den Fall nämlich, wenn Jemand, obwohl er von der an ihn geſchehenen Delation Kunde bekommen hat, ſich doch keine Deliberation erbeten hat, und nun verſtorben iſt. Der Kaiſer beabſichtigte nicht, bei Hervorhebung dieſes beſondern Falls, ihn unter eine eigenthümliche Norm zu ſtellen, ſondern er wollte nur den möglichen Zweifel entfernen, ob auch auf ihn die allgemeine neue Norm angewendet werden dürfe. Dieſe Auffaſſung wird um ſo zweifelloſer, wenn man erwägt, daß es ohnedies für den andern Fall, wenn der Berufene wirklich eine Deliberationsfriſt ſich erbeten hat, an aller geſetzlichen Entſcheidung fehlen würde, denn daß hier ſtets während der ganzen eingeräumten Friſt Transmiſſion ſtatthaft ſein ſollte, iſt auch mit keinem Worte angedeutet.

Das meines Dafürhaltens völlig unzweifelhafte Reſul-

tat iſt, daß nach l. 19 C. cit. in Betreff der Zeit der Transmiſſion kein Unterſchied gemacht werden kann, ob der berufene Erbe um eine Deliberationsfriſt gebeten hat, oder nicht, ſondern in beiden Fällen gleichmäßig dauert die Möglichkeit der Transmiſſion nur ein Jahr lang. Daß ſich auch aus den anderweiten Aeußerungen Juſtinian's kein anderes Reſultat ergeben werde, iſt ſchon von vorne herein ſehr wahrſcheinlich, da der Kaiſer in dieſen andern Stellen den Inhalt der l. 19 cit. nur referiren will, aber auch nicht entfernt die Abſicht andeutet, eine Veränderung damit vorzunehmen. Dies beſtätigt ſich denn auch vollſtändig durch den Inhalt jener Stellen. Wenn es nämlich in der l. un. §. 5 C. de caduc. toll. heißt: „iis nihilominus, quae super his, qui *deliberantes* ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris“, ſo kann daraus allerdings wohl gefolgert werden, daß die Juſtinianiſche Transmiſſion nur dann Platz greife, wenn der berufene Erbe als *deliberans* (im weitern Sinne) verſtorben iſt, daß alſo Transmiſſion wegfällt, wenn ſchon eine Entſcheidung bei deſſen Lebzeiten erfolgt iſt; aber unter keiner Vorausſetzung läßt ſich daraus ableiten, daß die Transmiſſion immer Statt finde, wenn der Berufene im Zuſtand der Deliberation verſtirbt, daß ſie alſo auch noch dann Platz greife, wenn zwar die Deliberationsfriſt noch im Laufe, aber ſchon ein Jahr vom Augenblick der Delation an abgelaufen iſt. Und wenn in Nov. 158 c. 1 die l. 19 cit. in den Fällen als unanwendbar erklärt wird, „in quibus annus praeteriit et tempus deliberandi elapsum est“, ſo kann das natürlich nicht heißen ſollen, „in denen ein Jahr oder die erbetene Deliberationsfriſt abgelaufen iſt“, ſondern es ſoll damit nur angedeutet werden, daß die transm. Justinianea wegfalle, „wenn ſchon ein Jahr abgelaufen, und damit alſo die den Erbeserben eingeräumte Deliberationsfriſt zu Ende gegangen iſt.“

Werfen wir noch einen Blick auf die hier bekämpfte Lehre zurück, ſo erſcheint dieſelbe freilich ihrer innern Grundlage nach ſo haltlos, und überdies ſo ſehr, nicht blos von ge-

ſetzlichen Gründen entblößt, ſondern ſogar gegen klares Geſetz anſtoßend, daß eine ernſtliche Widerlegung faſt überflüſſig erſcheinen möchte, wenn nicht dieſelbe durch die ſo ſehr große Zahl der Vertheidiger jener Lehre gerechtfertigt würde. Man darf wohl hoffen, daß, wenn nur erſt einmal die Idee gänzlich verſchwunden ſein wird, daß Juſtinian in der l. 19 cit. eine geſetzliche Deliberationsfriſt von einem Jahre eingeführt habe, und dazu iſt ja wohl jetzt gegründete Ausſicht vorhanden [26]), damit von ſelbſt auch die richtigen Grundſätze über die Transmiſſionszeit zu allgemeiner Anerkennung kommen werden. Nur unter Vorausſetzung jener Idee nämlich war es möglich, die transmissio Justinianea ſo aufzufaſſen, daß ſie die Erſtreckung der dem Berufenen ſelbſt zuſtehenden Deliberationsfriſt auf die Erben des Berufenen ſei, und nur, wenn man von dieſem Begriffe der transmissio Justinianea ausging, konnte man mit einigem Scheine zu dem Dogma kommen, daß es in Betreff der Zeit der Transmiſſion einen Unterſchied mache, ob der Berufene während einer erbetenen, oder ob er während der geſetzlichen jährigen Deliberationsfriſt verſterbe. —

Wo möglich noch unhaltbarer, als die bisher geprüfte Meinung iſt die Anſicht von Unterholzner, wornach den Erbeserben allerdings zwar in allen Fällen nur die Zeit eines Jahres zu Gute kommen, aber dieſes Jahr anders berechnet werden ſoll, wenn der Delat um Deliberationsfriſt gebeten, als wenn er dieſes wiſſentlich unterlaſſen hat. Der erſte Fall werde von dem Kaiſer in den Worten „Ideoque sanci-

---

26) So ſagt z. B. Puchta in der in der vorigen Note angef. Rezenſion S. 9: „Man darf dieſe Frage, ſollte auch nicht gerade Jedermann mit allen einzelnen Gründen oder ihrer Benutzung einverſtanden ſein, nun wohl für abgethan halten, und ſich dankbar der Hoffnung überlaſſen, daß das Phantom der geſetzlichen Deliberationsfriſt mit ihrer ſtreitigen Dauer und Wirkung nicht wiederkehren werde"; und ähnlich drückt ſich Arndts a. a. O. S. 18 aus.

mus“ bis „transmissio fuerit conclusa“ entſchieden, und die Entſcheidung gehe dahin, daß den Erbeserben immer ein volles Jahr zu ihrer Entſchließung vergönnt ſei („ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa“). Den zweiten Fall entſcheide Juſtinian in den folgenden Worten „Et si quidem is“ rel., und zwar ſo, daß hier in das den Erbeserben zu Gute kommende Jahr auch die Zeit mit eingerechnet werden müſſe, welche der Delat ſelbſt vom Augenblicke der an ihn geſchehenen Delation an nutzlos habe hingehen laſſen, und habe dieſer alſo länger als ein Jahr ohne Erklärung verſtreichen laſſen, ſo könne in dieſem Falle von Transmiſſion gar keine Rede ſein [27]). In der That möchte ſich aber wohl kaum ein ärgeres Mißverſtändniß der l. 19 cit. denken laſſen. Daß die Entſcheidung des von Unterholzner ſ. g. zweiten Falls richtig iſt, leidet freilich keinen Zweifel; daß aber dieſem zweiten Falle in den vorhergehenden Worten des Geſetzes ein erſter entgegengeſetzt, und dieſer ſo entſchieden worden ſei, wie Unterholzner annimmt, iſt ſchlechthin verwerflich. Man braucht nur mit einiger Aufmerkſamkeit die betreffenden Geſetzesworte zu leſen, um ſich zu überzeugen, daß darin nicht ein erſter Fall entſchieden, ſondern vielmehr der leitende Grundgedanke für das ganze neue Inſtitut angegeben werden ſoll, und daß ſich dann hieran der folgende Paſſus des Geſetzes: „Et sic quidem is, qui sciens“ rel. nicht in der Weiſe

---

27) Unterholzner zerlegt die l. 19 C. cit. in Folge ſeiner Interpretation in folgender Weiſe: Ideoque sancimus

1) Si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit etc.

2) Et siquidem is, qui sciens hereditatem vel ab intestato, vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat.

a) Si enim ipse rel.

b) Sin autem instante annali tempore etc

anſchließt, daß darin ein zweiter Fall zur Sprache gebracht und anders entſchieden werden ſoll, ſondern vielmehr ſo, daß darin von dem vorausgeſchickten Prinzip eine Anwendung auf einen einzelnen problematiſchen Fall gemacht, und dieſer dann ganz in Gemäßheit jenes Prinzips entſchieden wird. Eben ſo unzweifelhaft iſt es auch, daß Unterholzner in die Worte: ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa einen Sinn gelegt hat, der nicht darin liegt. Der Kaiſer ſagt hier nichts, als: die Transmiſſion ſoll auf die Zeit eines Jahres beſchränkt ſein, ohne ſich hier auch nur im Entfernteſten auf die weitere Frage einzulaſſen, von welchem Momente an dieſes tempus annale zu laufen beginne, ſo daß man in der That nicht wohl einſehen kann, wie Unterholzner hier ausgeſprochen finden will, daß jenes Jahr erſt vom Augenblick des Erbſchaftserwerbs von Seiten der Erbeserben zu rechnen ſei, und alſo dieſen Erbeserben ein volles Jahr zu Gute komme. —

Dieſe Bemerkungen mögen genügen, um die Anſicht näher zu begründen, daß es in Betreff der Transmiſſionszeit keinen Unterſchied machen kann, ob der Delat während einer erbetenen Deliberationsfriſt verſtirbt, oder ohne dies, indem in beiden Fällen gleichmäßig die Transmiſſion nie länger, als ein Jahr dauert. Daß dagegen möglicher Weiſe durch Erbittung einer Delib. Friſt eine Abkürzung der Transmiſſionszeit herbeigeführt werden kann, verſteht ſich von ſelbſt, denn wenn der Delat ſogleich, nachdem er von der Delation Kunde erhalten hat, um Delib. Friſt gebeten hat, und der Ablauf derſelben vor den Ablauf des Jahres fällt, ſo kann natürlich für die ſpätere Zeit bis zur Vollendung des Jahres von der transmissio Justinianea keine Rede ſein. Denn mit Ablauf der Deliberationsfriſt iſt ja jedenfalls eine Entſcheidung eingetreten, und damit freilich die transmissio arbitrii unmöglich geworden.

III.

Noch verbreiteter, als die in dem vorigen Abſatze be-

kämpfte Meinung, iſt die andere, die transmissio Justinianea ſetze nothwendig voraus, daß der berufene Erbe geſtorben ſei, nachdem er bereits von dem geſchehenen Erbſchafts-Anfall Wiſſenſchaft erlangt habe. So allgemein verbreitet aber auch dieſe Lehre im Ganzen iſt, ſo ſind doch die Vertheidiger derſelben im Einzelnen keineswegs unter ſich einig, und zwar laſſen ſich insbeſondre folgende verſchiedene Anſichten unterſcheiden:

1) Die Mehrzahl nimmt an, daß, wenn der Delat verſtorben ſei, ohne die Delation erfahren zu haben, zwar allerdings die transmissio Justinianea ausgeſchloſſen bleibe, dennoch aber den Erben des Delaten durch *in integrum restitutio* geholfen werde. Gerade, weil in ſolchen Fällen ſchon die den Erbeserben vortheilhaftere transmissio ex capite in integrum restitutionis anwendbar ſei, habe auch Juſtinian gar keine Veranlaſſung gehabt, ſeine neue transmissio hierauf zu beziehen [28]).

2) Andere gehen dagegen von der Anſicht aus, daß, wenn der Delat in der Unwiſſenheit verſtorben ſei, die Erbeserben ſich, abgeſehen von dem ſingulären Falle der absentia rei publicae causa, weder auf dem Wege der in integr. restitutio, noch auch vermittelſt der transm. Justinianea zur Erbſchaft

---

28) Vgl. z. B. Sfortia Oddus de restitutione in integr. Pars I. qu. 59 art. 6 sqq., Vincent. Cabot. disputat. lib. II. C. 23 (in Meerm. thes. IV. p. 667) Lauterbach de transmissione heredit. non acquisitae §. XI (in dissertt. acadd. vol. II. p. 1912 sq., Müller ad Leyser. obs. 571, Hofacker princ. §. 1446 fin., Malblanc principia §. 724, Valett Lehrb. §. 1216, Puchta Lehrb. §. 495 Anm. S. 655, Thibaut in Brauns Erörterr. S. 619 fgg., Mühlenbruch Lehrb. III. §. 705 bei Note 9 und 15 (dritte Ausg.), Derſ. Fortſetz. des Glück'ſchen Komm. Bd. 41, S. 326, Steppes Transmiſſion S. 57 a. E., S. 61 fgg., Burchardi Wiedereinſetzung in den vorigen Stand S. 184 B., Hartitzſch Erbr. §. 219, Roßhirt teſtamentar. Erbr. Bd. II. S. 192 Not. 3.

hinziehen könnten, daß alſo hier überhaupt alle und jede Transmiſſion ausgeſchloſſen bleibe [29]).

3) Einige Wenige endlich gehen zwar auch von der Regel aus, daß die transm. Just. nicht anwendbar ſei, wenn der Delat von der Delation nichts erfahren habe, glauben aber doch eine Ausnahme in dem Falle annehmen zu müſſen, wenn der Delat in der Infantia verſtorben ſei [30]).

Allen dieſen Meinungen ſteht nun aber die Anſicht entgegen, daß dem Erben des Delaten, welcher ohne erlangte Kunde von dem geſchehenen Erbſchaftsanfall verſtorben ſei, zwar niemals durch in integr. restitutio Hülfe geſchafft werden könne, daß aber allerdings in ſolchem Falle die transm. Just. vollkommen anwendbar ſei; und dieſe Anſicht muß auch ich unbedenklich für die einzig richtige halten, obwohl dieſelbe von jeher nur von ſehr Wenigen vertheidigt worden iſt [31]).

I. Der erſte Theil unſerer Behauptung geht dahin, daß in den Fällen der bezeichneten Art die ſ. g. transm. ex ca-

---

29) Cujac. in libr. VI. Resp. Papin. ad l. 86 de acq. v. om. hered. (in opp. ed. Neap. tom. IV. p. 1076 sqq.), Ant. Faber conject. lib. XIV. cap. 1, Merenda controv. lib. IV. c. 12, Günther principia §. 836, Höpfner Kommentar §. 546 Not. 4, Weſtphal Vorlegung und Eröffnung der Teſtamente §. 274. 278, Glück Inteſtaterbf. S. 91 fg. Not. 96 und 97, vgl. mit S. 96, Schweppe §. 877, Mejer in Schweppe's Hdb. V. S. 252 53, Seuffert §. 574 Not. 8, Mackeldey §. 691, v. Wening Buch V. §. 268 bei Not. a. und §. 271 Not. uu, Göſchen Vorleſungen Bd. III. S. 403 No. 4, S. 405 No. 1, Marezoll in Gießer Zeitſchr. II. S. 81, v. Buchholtz Abhandlungen S. 89.

30) Dieſe Meinung findet ſich z. B. bei v. Wening Buch V. §. 271 Not. v, Valett §. 1216, Mejer in Schweppe's Handb. V. S. 253 bei Not. 4, Mühlenbruch Fortſ. des Glück'ſchen Komm. Bd. 41 S. 326, Steppes Transm. S. 58.

31) Vgl. jedoch Duaren. in tit. de jure delib. cap. 2 und in tit. de acqu. v. om. hered. c. 5 fin., Berger de transm. heredit §. XXVII (dissertt. selectae p. 483), Niemeyer de transm. Theodos. p. 15, (Fuhr) in Schunk's Jahrbb. der juriſt. Literatur Bd. XXII. S. 5 fgg.

pite in integr. restitut. nicht Platz greifen könne. Ohne auf das Detail dieſer beſondern Transmiſſionsart eingehen zu müſſen — was einem ſpäteren Abſchnitte dieſer Abhandlung vorbehalten bleibt, — kann doch wohl der Beweis dieſer Negative vollſtändig geführt werden. Zunächſt ſcheint nämlich ſo viel unzweifelhaft zu ſein, daß die regelmäßigen Vorausſetzungen der in integrum restitutio hier nicht Platz greifen, und zwar kann der Erbeserbe weder ex persona defuncti noch ex propria persona Reſtitution in Anſpruch nehmen. Das Erſtere verſteht ſich ganz von ſelbſt, denn da dem Delaten, ungeachtet ſeiner Unkunde, in jedem Augenblicke ſeines Lebens die rechtliche Befugniß verblieb, die Erbſchaft antreten zu können, ſo iſt offenbar gar keine Läſion in ſeiner Perſon begründet, und es fehlt alſo bei ihm an einer weſentlichen Vorausſetzung der in integrum restitutio, weshalb denn auch von einer Uebertragung derſelben auf ſeine Erben nicht die Rede ſein kann. Dies wäre nur möglich, wenn eine dem Delaten geſetzte Antretungsfriſt noch bei ſeinen Lebzeiten abgelaufen wäre, und dieſe Verſäumniß durch einen der geſetzlichen Reſtitutionsgründe entſchuldigt werden könnte:

l. 1 C. de restit. militum (6, 51). (*Severus et Antoninus Chiloni.*) „Si Valerianus centurio cohortis duodecimae Alpinorum ante vita decessit, quam bonorum possessionem acciperet, heres ejus ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si Valerianus *post exactos dies*, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est.“

l. 86 de acqu. v. om. hered. (29, 2). (*Papinianus* libro VI. Responsorum) „— — — heredes Aviti — — — ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto jure non competiit, *quia intra diem aditionis Avitus obiisset.*“

Eben ſo wenig können aber auch die Erbeserben *ex propria persona* eine Reſtitution in Anſpruch nehmen. Eine Läſion derſelben kann man zwar allerdings annehmen, da

auch ein lucrum cessans zum Zweck der Reſtitution hinreicht [32]), aber es fehlt an allem und jedem genügenden Reſtitutionsgrunde. Möglicher Weiſe könnte hiebei nur an die ſ. g. rest. ex generali clausula gedacht werden, und darunter könnte man denn auch wirklich unſren Fall ſubſumiren, wenn man nach einer früher herrſchenden Theorie dieſelbe ſo auffaſſen dürfte, daß darnach wegen jeder Billigkeit nach dem Ermeſſen des Richters Reſtitution ertheilt werden dürfe. Dieſe Theorie findet aber h. z. T. wohl nur noch wenige Anhänger, indem man vielmehr ſehr allgemein den gewiß richtigern Satz aufſtellt, daß man nur dann ex generali clausula Reſtitution verlangen dürfe, wenn man etwas unterlaſſen habe, was zur Wahrnahme oder Geltendmachung eines Rechts nöthig geweſen wäre [33]). Demjenigen, in deſſen Perſon die Reſtitution begründet ſein ſoll, mußte es rechtlich möglich geweſen ſein, durch Vornahme einer Handlung ſein Recht ſich zu wahren, und er muß dann durch irgend ein unverſchuldetes Hinderniß von der wirklichen Vornahme dieſer Handlung abgehalten ſein; gerade derjenige alſo, für welchen die Reſtitution begründet ſein ſoll, muß in unverſchuldeter Weiſe etwas verſäumt haben, und durch dieſes Verſäumniß zu Schaden gekommen ſein [34]). Faßt man ſo die generalis clausula auf, ſo leuchtet von ſelbſt ein, daß der Erbeserbe in unſerm Falle nicht auf den Grund derſelben reſtituirt werden kann; ihm war ja

32) L. 7 §. 6. de minorib. (4, 4), l, 27 ex quib. cans. majores (4, 6).

33) Francke Beiträge S. 68 fgg. Burchardi Wiedereinſetzung §. 12. Vgl. auch meine Pandekten Bd. I. §. 188.

34) Der Beweis hiefür liegt in ſämmtlichen einzelnen Anwendungen, welche von der restitutio ex generali clausula in unſern Quellen vorkommen, vgl. die in der vorigen Note Angef. Wenn unter dieſen Anwendungsfällen der generalis clausula von Burchardi S. 184, und in meinen Pandekten S. 254 auch der angeführt iſt: „wenn Jemand durch den Tod übereilt ſei, bevor er ein perſönlich geltend zu machendes Recht ausüben konnte, in welchem Falle die Erben auf Reſtitution Anſpruch hätten", ſo

die Antretung einer ſeinem Erblaſſer deferirten Erbſchaft gar nicht möglich, und von einem durch ſein Verſäumniß herbeigeführten Schaden kann keine Rede ſein. Daß ſein Erblaſſer geſtorben iſt, ehe er von dem Erbſchaftsanfall Kenntniß erlangte, iſt ein unglücklicher Zufall, gegen welchen um ſo weniger Reſtitution ertheilt werden kann, da es noch gar nicht einmal gewiß iſt, daß der Schaden ihn nicht betroffen hätte, wenn der Erblaſſer auch vorher Kunde von der Delation erhalten hätte; denn wie leicht konnte es kommen, daß trotz der erlangten Wiſſenſchaft doch noch der wirkliche Erbſchaftsantritt verzögert worden wäre. Eine ſchlagende Beſtätigung der hier angedeuteten Grundſätze findet ſich denn auch in einem Reſcripte von Diokletian und Maximian [35], wo geradezu geſagt iſt, daß, wenn der Delat verſtorben ſei, ohne von der Delation Kunde erlangt zu haben, von einer Transmiſſion der Erbſchaft keine Rede ſein könne:

„Quoniam sororem tuam prius defunctam esse proponis, quam cognosceret, an a fratre sibi aliquid hereditatis fuisset relictum, manifestum atque evidens est, antequam pro herede gereret vel bonorum possessionem admitteret, defuncti successionem eam non potuisse ad suos heredes transmittere.“

Wenn nun dennoch in manchen Fällen den Erbeserben Hülfe gewährt wird, wenn ihr Erblaſſer an der Antretung einer ihm deferirten Erbſchaft verhindert war — und dieſe Fälle bilden eben die ſ. g. transmissio ex capite in integr. restitutionis, ſo kann nach den bisherigen Ausführungen nicht

iſt dies jedenfalls zu weit ausgedrückt. Als Belege für dieſen Satz werden auch nur theils l. 30 pr. u. l. 86 de acqu. v. om. hered angeführt, worüber unten im Texte nähere Erörterungen vorkommen, theils l. 3 §. 30—32 de SC. Silan. (29, 5) u. l. 12 de Carbon. edicto (37, 10), die gar nicht von wahrer in integrum restitutio reden, wie in dem Abſchnitt von der transmissio ex capite in integr. restit. auszuführen iſt.

35) L. 7 C. de jure deliberandi (6. 30).

bezweifelt werden, daß dies eben nur einzelne Fälle ſind, bei denen eine ſinguläre Norm zur Anwendung kommt, und aus denen nimmermehr der allgemeine Grundſatz abgeleitet werden darf, daß den Erbeserben überall geholfen werden müſſe, wenn der Erblaſſer wegen eines unverſchuldeten Hinderniſſes eine ihm deferirte Erbſchaft nicht habe antreten können, und daß dies alſo namentlich auch dann der Fall ſei, wenn der Erblaſſer die Delation gar nicht erfahren habe. Es iſt dies um ſo unzweifelhafter, da die Hülfe, welche in dieſen ſingulären Fällen gewährt wird, eine ſehr verſchiedenartige iſt, indem den Erbeserben bald eine bonorum possessio decretalis, bald eine in integrum restitutio eingeräumt wird, und bald utiles actiones auf ſie transmittirt werden [36]).

Dieſe Andeutungen werden genügen, um den Geſichtspunkt feſtzuſtellen, von welchem aus meiner Ueberzeugung nach die l. 86 de acqu. v. om hered. aufgefaßt werden muß. Dort findet ſich nämlich folgender Ausſpruch Papinian's:

„Pannonius Avitus, quum in Cilicia procuraret, heres institutus ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret; quia bonorum possessionem, quam procurator ejus petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto jure non competiit, quia intra diem aditionis Avitus obiisset. Divum tamen Pium contra constituisse, Maecianus libro quaestionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat et filium, qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu ejus distinctionis [36a]) restitutionem locum ha-

36) Das Nähere hierüber wird in dem Abſchnitt über die ſ. g. transm. ex capite in integr. rest. vorkommen.

36a) Schon in der Gloſſe, wie auch von allen ſpätern Kommentatoren wird der Sinn dieſer Worte richtig dahin angegeben, daß Pius keinen Unterſchied gemacht habe, ob der Delat intra diem aditionis oder post exactos dies verſtorben ſei. Ganz falſch faßt dagegen jetzt Fabricius Urſprung und Entw. der Bon. Poss.

bere [37]); quod et hic humanitatis gratia obtinendum est.“

Abgeſehen von dem zur Begründung dieſer Entſcheidung angeführten Reſcript von Pius iſt die Entſcheidung ſelbſt klar. Dem Pannonius wird, während er in Staatsangelegenheiten

---

S. 188 Not. 275 dieſelben ſo auf, daß nichts darauf ankommen ſolle, ob ſchon ein Anderer im Namen des Delaten die bonor. poss. proviſoriſch erbeten habe, oder nicht.

37) Die Lesart in der zweiten Hälfte der Stelle iſt ſehr beſtritten. Die Florentiniſche Lesart, welche dem obigen Abdruck zu Grunde liegt, gibt nur dann einen Sinn, wenn man ein Zeugma annimmt, und das Wort amiserat einmal mit: et filium, und dann noch einmal mit: qui matris delatam possessionem in Verbindung bringt („et filium [amiserat], qui matr. del. poss. abs. amiserat“). Obwohl Merenda controv. lib. IV c. 12 hierin eine beſondere Eleganz erblicken will, ſo iſt doch offenbar dieſe Redeweiſe ſo hart, daß man ſich über die vielfachen kritiſchen Verſuche bei dieſer Stelle nicht wundern kann. Sehr gewöhnlich wollen die Editoren dadurch helfen, daß ſie die Ausmerzung des Worts locum vorſchlagen, z. B. Taur., Hal., Russ., Charond, Cont., Leeuw., Geb., Krieg., Beck (Hal u. Beck leſen ſtatt locum, in integrum). Wenn gleich dieſe Lesart handſchriftlich unterſtützt iſt (vgl. die Note bei Geb.) ſo iſt ſie doch gewiß unrichtig, indem offenbar in jenem Reſcripte des Pius nicht von einer dem Sohne, ſondern vielmehr von einer dem Vater zu gewährenden Reſtitution die Rede war. — Gewiß beſſer iſt die Aushülfe, ſtatt et filium zu leſen et in filio, die doch wohl auch handſchriftlich unterſtützt iſt, obwohl ich bei Geb. nichts darüber finde. Dieſe Leſart kommt z. B. vor in der Ausg. Venet. per Bapt. de Tortis 1487, und Lugd. ap. Hugon. a Porta 1548. — Noch einfacher und richtiger lieſ't Cujac. in libr. VI Resp. Pap. ad h. l. (opp. IV. p. 1078): et filio, ſo daß das in ausfällt, wodurch namentlich auch dem ſehr verbreiteten Irrthum begegnet wird, als wenn durch Pius zwei verſchiedene Fälle entſchieden worden wären. — Scharfſinnig und zutreffend iſt auch die Emendation von Voorda Interpr. c. 43, welcher ſo lieſ't: „et filium, eique matr.“ rel., während der Vorſchlag von Fabricius Urſprung und Entwicklung der Bon. Poss. S. 188: „et filium, cui matris delata bonorum possesio fuit, absens amiserat“ zwar wohl einen durchaus richtigen Sinn gibt, aber zu kühn iſt, um ihm beitreten zu können.

abweſend iſt, eine Erbſchaft deferirt. Sein Prokurator agnoſcirt zwar die bonorum possessio, aber Pannonius verſtirbt, ehe er von dem Anfall Kunde erhält, ſo daß er alſo nicht dazu kommen kann, die Agnition ſeines Prokurator zu ratihabiren. Seine Erben verlangen jetzt ex persona defuncti die in integrum restitutio [38]), und dieſe wird ihnen, obwohl ſie stricto jure nicht als begründet erſcheine, doch humanitatis gratia zugeſtanden. — Iſt nun dieſe Entſcheidung auf den hier dargeſtellten Fall zu beſchränken, wenn Jemand *reipublicae causa* abweſend iſt, und darum eine von ſeinem Prokurator agnoſzirte bon. possessio nicht agnoſziren kann, oder iſt daraus vielmehr, wie unſre Gegner wollen, der allgemeine Grundſatz abzuleiten, daß überall dann den Erbeserben Reſtitution ertheilt werde, wenn der Delat vor erfahrener Delation geſtorben ſei? Sind die obigen Erörterungen richtig, ſo kann es nicht zweifelhaft ſein, daß unbedingt das Erſtere anzunehmen, und die l. 86 cit. alſo in der Art auffaſſen iſt, daß darin nicht etwa eine beiſpielsweiſe Anwendung einer allgemeinen Regel, ſondern vielmehr eine ſinguläre Norm gerade nur für ſolche Fälle ausgeſprochen ſein ſoll, welche die Merkmale des da entſchiedenen an ſich tragen. Für eine ſolche beſchränkte Auffaſſung ſprechen denn auch noch mehrfache aus der Stelle ſelbſt entlehnte Gründe. So geht ſchon aus der Ausdrucksweiſe Papinian's entſchieden genug hervor, wie er ſelbſt ſeine Entſcheidung für etwas ganz Anomales hält („stricto jure non competiit — — —; humanitatis gratia obtinendum est"). Noch beſtimm-

38) Den Erbeserben ſteht nämlich das Recht der Ratihabition nicht zu: l. 3 §. 7 de bon poss. (37, 1): Quod si me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competit, cum ratum habuero id, quod actum est. Denique si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competet mihi bonor. possessio, quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, cum ad eum non transeat jus bonor. possessionis.

ter aber wird unſere Anſicht, daß die l. 86 cit. ſchlechthin auf absentia reipublicae causa zu beſchränken ſei, durch das Reſcript von Pius bewieſen, welches Papinian für ſeine Entſcheidung anführt. Es iſt dies nämlich offenbar daſſelbe, welches auch Ulpian in l. 39 de acqu. v. om hered. erwähnt:

> Quum quidam legationis causa absens filium heredem institutum non potuisset jubere adire in provincia agentem, Divus Pius rescripsit Consulibus, subvenire ei oportere mortuo filio, eo, quod reipublicae causa aberat.“

Das Gemeinſame [39]) in den beiden, von Pius und Papinian entſchiedenen Fällen iſt folgendes: Es iſt Jemand in der Lage, durch ſeinen Beitritt zu der Erbſchaftsantretung von Seiten eines Andern [40]) eine Erbſchaft erwerben zu können. Dieſer Beitritt unterbleibt aber wegen einer absentia reipublicae causa, und dagegen wird nun mit beſondrer Rückſicht auf dieſe absentia Reſtitution verwilligt. Daß nämlich eine beſondere Begünſtigung der in öffentlichen Angelegenheiten Abweſenden, nicht aber die allgemeine Theorie der in integrum restitutio das Motiv für die Entſcheidung des Pius abgibt, wird da ausdrücklich hervorgehoben („eo, quod reipublicae causa aberat“), und es verſteht ſich alſo von ſelbſt, daß daſſelbe auch bei der Entſcheidung Papinian's der Fall ſein muß, da dieſe ja eben nur auf jenes Reſcript baſirt iſt.

II. Die bisherige Ausführung hat zu dem Reſultate geführt, daß dann, wenn der Delat verſtorben iſt, ohne die

---

39) Allerdings finden auch weſentliche Verſchiedenheiten zwiſchen beiden Fällen Statt, Verſchiedenheiten, die ſo groß ſind, daß man ſich faſt wundern muß, wie Papinian ſeine Entſcheidung durch das Reſcript von Pius motiviren konnte, ſ. auch Marezoll a. a. O. S. 78 fgg. — Ant. Faber (conject. XIV. 1) nimmt daher auch in ſeiner bekannten Weiſe keinen Anſtand, den ganzen Schlußſatz der l. 86 pr. cit. von Divum Pium an für ein ſchlechtes Emblem Tribonian's zu erklären.

40) In dem einen Falle erſcheint dieſer Beitritt in der Geſtalt des jussus, in dem andern in Geſtalt der ratihabitio.

Delation erfahren zu haben — abgeſehen von dem Falle einer absentia reipublicae causa — von einer transmissio ex capite in integr. rest. keine Rede ſein kann, und wenn alſo Viele behaupten, daß auf ſolche Fälle die l. 19 C de jure delib. ſchon darum nicht als anwendbar erſcheine, weil dieſelben unter die den Erbeserben günſtigere transmissio ex cap. in integr. rest. fielen, ſo fällt dieſe Argumentation von ſelbſt zuſammen. Vielmehr müßte man, wenn wirklich die transm. Justinianea hier unanwendbar wäre, den Erbeserben alle und jede Rechtshülfe verſagen. In welchem ſchneidenden Kontraſte dies aber mit dem Prinzip ſtände, welches der l. 19 cit. zu Grunde liegt, fällt von ſelbſt in's Auge. Der Erbe, dem die Delation bekannt geworden iſt, und nun doch nichts gethan hat, um die Erbſchaft zu erwerben, dem es alſo gewiſſer Maaßen zur Laſt gelegt werden kann, wenn ihm und ſeinen Erben die deferirte Erbſchaft entgeht, dieſer Erbe ſoll gewiſſe Zeit hindurch ſein Wahlrecht auf ſeine Erben transmittiren dürfen. Derjenige aber, dem Nichts, auch nicht das Mindeſte zur Laſt gelegt werden kann, der aus rein zufälligen Umſtänden gar nichts für die Erwerbung der Erbſchaft zu thun im Stande war, der ſoll nichts transmittiren! Wenn ein Unterſchied zwiſchen beiden Fällen gemacht werden dürfte, ſo müßte offenbar gerade das umgekehrte Verhältniß angenommen werden.

In der That aber kann eine Unterſcheidung zwiſchen dem wiſſenden und nichtwiſſenden Erben aus der l. 19 cit. nicht gefolgert werden. Die eigentlich entſcheidenden Worte in unſerer Konſtitution ſind die von: Ideoque sancimus an bis zu: transmissio fuerit conclusa, und hier iſt verordnet, daß *jeder* berufene Erbe, welcher ſich noch nicht definitiv für die Annahme oder Ausſchlagung entſchieden hat, innerhalb eines Jahres ſein Wahlrecht auf ſeine Erben übertragen ſoll, einerlei, ob er um Deliberation gebeten hat oder nicht. *Niemand iſt hier ausgeſchloſſen, als derjenige, welcher ſich ſchon entſchieden, und alſo ſelbſt kein Wahl-*

recht mehr hat. Freilich will man hiergegen einwenden, daß doch aus den Worten: ut *deliberare* videatur, hervorgehe, daß auch derjenige ausgeſchloſſen ſei, welcher noch gar nichts von dem Anfall erfahren habe, denn von einem ſolchen könne man doch unmöglich ſagen, er ſcheine zu deliberiren. Aber der Kaiſer erklärt ja ſelbſt, wen er mit jenen Worten bezeichnen will, nämlich einen Jeden, „qui successioni non renunciaverit, nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat“ [41]), alſo einen Jeden, welchem rechtlich noch ein Wahlrecht zuſteht, folglich gewiß auch denjenigen, dem zufällig die Delation noch nicht bekannt geworden iſt. Ein ſolcher deliberirt freilich in dem vulgären Sinne des Worts nicht, aber juriſtiſch läßt ſich ſehr wohl ſagen: deliberare *videtur*, weil ſeine rechtliche Lage ganz derjenigen gleich iſt, in welcher ſich der um die Delation wiſſende Erbe befindet, ehe er ſich entſchieden hat [42]). Wollen wir nicht etwas in die Worte des Kaiſers hineintragen, was der Unbefangene gewiß nicht darin findet, ſo müſſen ſie ſo allgemein genommen werden, wie ſie daſtehen, und auch dem unwiſſenden Erben darf das Transmiſſionsrecht nicht abgeſprochen werden.

In dem folgenden Paſſus des Geſetzes: Et sic quidem is rel. wird freilich die Wiſſenſchaft des Erben beſonders hervorgehoben; aber erinnert man ſich an die unter der vorigen

---

41) Vgl. auch Nov. 158 praef., wo der Inhalt der l. 19 C. de jure delib. ſo angegeben wird: ut, si quis, hereditate sibi delata, antequam eam vindicet vel contrariam de ea ostendat sententiam, moriatur, ad heredes suos de hac hereditate jus deliberandi transmittat.“

42) In ähnlicher Weiſe, wie gleich im Eingang der l. 19 C cit. der Ausdruck filiusfamilias deliberans unſrer obigen Ausführung nach, auch auf denjenigen Hausſohn zu beziehen iſt, der von dem Tode ſeines Vaters noch gar keine Kenntniß hat, ſo iſt dies auch hier mit dem Ausdruck: ut deliberare videatur der Fall.

Nummer gegebene Ausführung, wornach mit jenen Worten der Kaiſer nur einen einzelnen, ihm beſonders problematiſch ſcheinenden Fall hervorheben, und die Anwendbarkeit ſeiner Verordnung ſogar auf dieſen Fall ausſprechen will, ſo kann daraus ſo wenig ein Argument gegen unſre bisherige Ausführung entnommen werden, daß dieſelbe vielmehr umgekehrt eine ſehr bedeutende Stütze dadurch erhält. Der Kaiſer nämlich hebt den durch zwei Merkmale (daß der Erbe von dem Anfall Kunde erhalte, und daß er dennoch keine Deliberationsfriſt erbeten hat) beſtimmten Fall nicht etwa darum hervor, um auf ihn ſeine Verordnung einzuſchränken — dann müßte ja auch der, welcher während einer erbetenen Deliberationsfriſt ſtirbt, nicht transmittiren können! — ſondern er nennt ihn nur darum beſonders, weil in den andern möglichen Fällen die Anwendbarkeit ſeiner Konſtitution ganz unbedenklich war, und eine beſondere Hervorhebung derſelben alſo als überflüſſig erſcheinen mußte. Daß nämlich derjenige, welcher ſich ſchon eine Deliberationsfriſt erbeten hat, und darüber hinſtirbt, ſein Recht transmittirt, kann nicht auffallen, eben weil er ſich ja ſchon bemüht und ſachgemäße Schritte gethan hat. Eben ſo unbedenklich mußte es aber auch erſcheinen, bei dem nichtwiſſenden Erben eine ſolche Transmiſſion anzunehmen, denn dieſer iſt ja an der Nichterwerbung völlig ſchuldlos, und wollte man überhaupt eine Transmiſſion ſtatuiren, ſo lag die Anwendung auf dieſen Fall gewiß am Nächſten. Wußte aber der Erbe um ſeine Berufung, und iſt nun doch ganz unthätig geblieben, ſo daß er nicht einmal um Deliberation gebeten hat, dann konnte man allerdings bedenklich ſein, ob auch in dieſem Falle, in welchem der Erbe nicht als völlig ſchuldlos erſcheint, eine Transmiſſion Statt finde. Dies will nun doch der Kaiſer bejahen, und darum nennt er dieſen Fall beſonders, aber auch nicht im Entfernteſten darum, weil er das eine oder andere der beiden Merkmale dieſes Falls als ein exkluſives Requiſit für die Anwendbarkeit ſeiner Verordnung hätte betrachten wollen.

Das Reſultat, welches wir bisher durch Interpretation der l. 19 C. de jure delib. gefunden haben, wird nun auch noch in ſehr entſcheidender Weiſe durch Nov. 158 [48]) beſtätigt, wo Juſtinian entſcheidet, daß ſeine neue Transmiſſion unbedenklich auch dann Anwendung leide, wenn die Erbſchaft einem Infans deferirt, und dieſer in der Infantia verſtorben ſei, ohne die Erbſchaft erworben zu haben. Da ein Infans juriſtiſch gar keinen intellectus hat, weshalb weder davon die Rede ſein kann, daß er die Delation in Erfahrung gezogen habe, und noch weniger davon, daß er deliberire, ſo hätte, wenn die gewöhnliche Auslegung der l. 19 C. cit. begründet wäre, in dem Falle der Nov. 158 die Statthaftigkeit der transmissio Justinianea geradezu geläugnet werden müſſen. Daß die Novelle 158 nicht gloſſirt iſt, ſchwächt die Kraft dieſes Arguments nicht, denn, um den wahren Sinn eines andern Geſetzes aufzufinden, kann natürlich auch ein ungloſſirtes Geſetz mit vollem Rechte gebraucht werden. Gewiß nicht zu billigen iſt es dagegen, wenn Manche (ſ. oben Not. 30) es als Prinzip der l. 19 C. cit. anſehen, daß ſie auf heredes ignorantes nicht anwendbar ſei, aber wegen Nov. 158 eine Ausnahme für infantes ſtatuiren, denn zur Begründung einer ſolchen Ausnahme darf ein ungloſſirtes Geſetz freilich nicht gebraucht werden.

III. Wenn nun nach der bisherigen Erörterung die Juſtinianeiſche Transmiſſion auch in dem Falle Statt findet, wenn der Delat geſtorben iſt, ohne von dem Erbſchaftsanfall Kenntniß erlangt zu haben, ſo fragt ſich doch noch, von welchem Momente an das annale tempus beginne, da der Kaiſer gerade nur für den andern Fall ausdrückliche Beſtimmung erlaſſen hat. Glücklicher Weiſe iſt jedoch dieſe ausdrückliche Beſtimmung von der Art, daß darin implicite auch die Entſcheidung für unſern Fall enthalten iſt. Wenn nämlich das Jahr erſt von

48) Von dieſem Geſetz iſt ſchon näher die Rede geweſen in meinem Aufſatze über Delib.-Friſt in dieſer Zeitſchr. Bd. XXII. S. 185 flg.

dem Augenblick der erlangten Kunde an gerechnet werden ſoll [44]), wenn alſo die Zeit der Unwiſſenheit in das *annale tempus* nicht eingerechnet werden ſoll, ſo verſteht ſich daraus ganz von ſelbſt, daß dann, wenn der berufene Erbe in der Unkunde verſtorben iſt, das Jahr erſt in der Perſon des Erblaſſers zu laufen beginnt, ſo daß dieſem ein volles Jahr zur Entſcheidung gegeben iſt. Dieſe Folgerung verſteht ſich ſo ſehr von ſelbſt, daß eine beſondre Hervorhebung gewiß als überflüſſig erſcheinen mußte, und es kann alſo freilich auch daraus, daß der Kaiſer dieſen Fall nicht ausdrücklich entſchieden hat, nicht geſchloſſen werden, daß in demſelben gar keine Transmiſſion Statt finden ſolle. — Zu einem andern Reſultate ſcheint freilich die Nov. 158 zu führen. Einem noch nicht ſiebenjährigen Kinde wird die Erbſchaft ſeiner Mutter deferirt; daſſelbe ſtirbt aber wenige Tage nachher, ohne daß dieſe Erbſchaft für daſſelbe erworben worden wäre, und es fragt ſich nun, wer jetzt dieſelbe in Anſpruch nehmen dürfe, ob die Erben des Kindes vermöge Transmiſſionsrechts (l. 19 C. cit.), oder ob die anderweiten Erben der Mutter, ſo wie wenn dem Infans dieſelbe gar nicht deferirt worden wäre [45])? Juſtinian entſcheidet ſich für das Erſtere, weil das Kind verſtorben ſei, ehe noch ein Jahr von dem Tode der Mutter an abgelaufen ſei („quippe Sergia ante, quam annus praeteriret, post matrem suam mortua"). Offenbar rechnet alſo hier Juſtinian den annus

---

44) L. 19 cit. „— — Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel ex testamento, vel aliter ei cognitum sit heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit" rel.

45) Theodos. et Valentinian. l. 18 §. 3 C. de jure delib. „sin vero vel non sit tutor, vel cum sit, ea facere (scil. hereditatem adire) neglexerit, tunc eodem infante in ea aetate defuncto, omnes hereditates ad eum devolutas et non agnitas ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatae, et eo modo ad illas personas perveniant, quae vocabantur, si minime hereditas fuisset delata."

transmissionis nicht erſt vom Tode des Kindes, ſondern ſchon von dem Tode der Mutter an, während unſere obige Ausführung zu dem Umgekehrten führen würde. Denn da man von einem Infans juriſtiſch niemals ſagen kann, daß er von einer ihm geſchehenen Delation Kunde erhalten habe, ſo dürfte es gar nicht in Betracht kommen, zu welcher Zeit der Infans verſtorben iſt, ob während eines Jahres, oder nach Ablauf deſſelben, ſondern immer müßte den Erben deſſelben ein volles Jahr zum Zwecke der Transmiſſion eingeräumt werden. Am Wahrſcheinlichſten iſt mir, daß ſich Juſtinian hier, wie leider! ſo oft, nur ungenau ausdrückt, weil in dem zu entſcheidenden Falle — in welchem das Kind kaum 16 Tage nach der Mutter verſtorben war —, die Differenz beider Berechnungen eine völlig unbedeutende war, und es ihm eigentlich nur darauf ankam, einzuſchärfen, daß auch bei einer, einem Infans deferirten Erbſchaft ſeine neue Transmiſſion anwendbar ſei, und die Theodoſiſche Verordnung in l. 18 §. 3 C. de jure delib. nur dann Platz greifen könne, wenn die Vorausſetzungen der Transmiſſion nicht mehr vorhanden ſeien, alſo der annus transmissionis ſchon abgelaufen ſei. Könnte man aber auch annehmen, daß Juſtinian wirklich abſichtlich das Transmiſſionsjahr vom Augenblick der Delation an gerechnet habe, ſo könnte dies doch jedenfalls nur als eine Singularität für den Fall angeſehen werden, wenn gerade einem Infans eine Erbſchaft deferirt werde, als eine Singularität, welche zu dem Zwecke angeordnet wäre, um der Theodoſiſchen Verordnung in l. 18 §. 3 C. de jure delib. eine etwas größere Sphäre zu belaſſen. Da die Nov. 158 nicht gloſſirt iſt, ſo dürfen wir dieſe Singularität in keinem Falle als praktiſches Recht anerkennen, ſondern wir müſſen gewiß auch bei der einem Kinde deferirten Erbſchaft das Transmiſſionsjahr erſt von dem Tode des Kindes an beginnen laſſen [46].

46) Das Verhältniß zwiſchen der l. 19 und der l. 18 §. 3 C. de jure delib. iſt in Gemäßheit dieſer Anſicht ſo zu beſtimmen:

IV.

Schließlich iſt noch die von Einigen vertheidigte Meinung zu prüfen, daß die l. 19 C. cit. auch auf den Fall nicht bezogen werden könne, wenn dem Erben durch den Teſtator ſelbſt eine Antretungsfriſt geſetzt ſei. Sterbe in einem ſolchen Falle der eingeſetzte Erbe vor Ablauf dieſer Friſt, ohne ſich erklärt zu haben, ſo transmittire er doch nichts auf ſeine Erben [47]). Ich bezweifle aber ſehr, daß ſich irgend ein haltbarer innerer Grund für dieſe Annahme auffinden läßt, und an äußern fehlt es gänzlich. So wahr es freilich auch iſt, daß der Kaiſer dieſen Fall in der l. 19 cit. nicht beſonders hervorhebt; eben ſo wenig zu bezweifeln iſt es doch auch auf der andern Seite, daß derſelbe in den ganz allgemein gehaltenen Ausdrücken dieſes Geſetzes mitbegriffen iſt, und ich kann nicht wohl einſehen, weshalb nach Thibaut's Bemerkung die Worte: ut ex hac causa deliberare videatur ganz klar zeigen ſollen, daß Juſtinian an dieſen Fall gar nicht gedacht habe. Wenn Mühlenbruch ſagt, daß das Geſetz ausdrücklich nur von den beiden Fällen ſpreche: wenn der eigentliche Erbe ſich eine Friſt erbeten habe, und wenn ihm

---

wenn ein vaterloſer infans verſtirbt, ohne daß die ihm deferirte Erbſchaft von ſeinem Tutor angetreten iſt, ſo haben die Erben des infans ſtets ein ganzes Jahr lang Zeit, die Erbſchaft noch anzutreten, und dabei iſt es ganz gleichgültig, ob der Infans innerhalb eines Jahrs oder nach Ablauf deſſelben vom Augenblick der Delation an geſtorben iſt — l. 19 C. cit. Haben aber die Erben des Infans dieſes Jahr fruchtlos vorübergehen laſſen, dann kommen die anderweiten Erben des erſten Erblaſſers an die Reihe l. 18 § 3 C. cit. — Wenn Juſtinian in Nov. 158 c. 1 das Verhältniß dieſer beiden Geſetze vielmehr ſo zu beſtimmen ſcheint, daß die l. 18 §. 3 cit. ſchon immer dann eintrete, wenn der Infans länger als ein Jahr ſeinen Erblaſſer überlebt habe, ſo können wir dieſe Entſcheidung aus dem im Texte angegebenen Grunde nicht als praktiſch geltend anſehen.

47) Dieſe Meinung finde ich z. B. bei Thibaut Verſuche II. S. 185 fgg., und bei Mühlenbruch Fortſetzung d. Glück'ſchen Komm. Bd. 41. S. 326.

überhaupt keine Friſt geſetzt ſei, und daß darum die transmissio, die doch jedenfalls ein jus singulare ſei, nicht auf den dritten möglichen Fall — wenn der Erblaſſer eine Friſt geſetzt habe — angewendet werden dürfe, ſo iſt jene Prämiſſe irrig. Juſtinian nennt vielmehr einfach die beiden Fälle *si deliberationem meruerit* und *si hoc non fecerit*, und darunter iſt denn jedenfalls auch der begriffen, wenn der Erblaſſer eine Friſt geſetzt hat. Auch in dieſem Falle muß alſo gewiß die allgemeine Regel eintreten, daß dann, wenn der berufene Erbe ſtirbt, ehe ſich in ſeiner Perſon die Sache entſchieden hat, und ehe ein Jahr abgelaufen iſt, ſeine Erben bis zur Vollendung dieſes Jahres und beziehungsweiſe bis zum Ablaufe der vom Teſtator geſetzten Friſt das Antretungsrecht noch eben ſo zuſteht, wie dem berufenen Erben ſelbſt [48]). Nur dann muß freilich etwas Anderes gelten, wenn die während eines vorgeſchriebenen Termins abzugebende Erklärung des Erben als eine der Erbeinſetzung beigefügte Bedingung erſcheint, denn dann fällt freilich die Transmiſſion hinweg, weil überhaupt von einer transmissio keine Rede ſein kann, wenn der Erbe unter einer Bedingung eingeſetzt, und während ſchwebender Bedingung verſtorben iſt [49]).

---

48) Vgl. auch Koch de herede deliberante §. 6

49) Puchta Lehrb. S. 555.: „Dieſe Transmiſſion findet nicht Statt, wenn der Teſtator dem Erben einen Termin der Erklärung, als Bedingung der Einſetzung, geſetzt hat. Stirbt der Erbe innerhalb dieſes Termins, ſo wird dadurch die Delation aufgehoben."